©Minister of Supply and Services Canada 1982

Available by mail free of charge from

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 2180
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

Catalogue No. J32-1/29-1982
ISBN 0-662-51429-7

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 29

CRIMINAL LAW

THE GENERAL PART:

LIABILITY AND DEFENCES

1982

Notice

This Working Paper represents a first attempt of the Commission to present a significant portion of the General Part of a revised Canadian *Criminal Code*. In this document the Commission attempts to express those fundamental principles of criminal liability and defences which are here considered, in a highly comprehensive draft with explanatory commentaries. In presenting such a draft which reaches to the full logical extent of those fundamental principles, the Commission seeks responses from all members of the judiciary, legal profession, legislative bodies and the public at large who would care to comment on it. In this instance, as with the remaining portions of the General Part, the Commission will formulate its Report to Parliament at a later date, after taking into account public response, and after having reviewed a number of the substantive offences and procedural elements of Canadian criminal law.

The Commission would be grateful, therefore, to receive comments addressed in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Francis C. Muldoon, Q.C., President
Réjean F. Paul, Q.C., Vice-President
Louise D. Lemelin, Commissioner
Alan D. Reid, Commissioner*
J. P. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner*

Secretary

Jean Côté

Special Advisers

Patrick J. Fitzgerald
Jacques Fortin

Numerous people have helped to contribute to this Working Paper. There were numerous discussions and meetings with the Advisory Panel on Criminal Law, who carefully considered with us the paper in its entirety. The Commission gratefully acknowledges all these contributions. We also acknowledge the special contribution made by the late Sir Rupert Cross who discussed many aspects of the paper with us. In addition, we thank the following:

Former Commissioners

Mr. Justice Antonio Lamer
Mr. Justice Gerard V. La Forest
Professor Jean-Louis Baudouin, Q.C.
Judge Edward James Houston
Mr. Justice Jacques Ducros

*Was not a member of the Commission at the time the text of this paper was approved.

Research Advisers and Contributors

Gisèle Côté-Harper
Tanner Elton
Elizabeth Gilhooly
Joyce Miller
Graham Parker

Table of Contents

FOREWORD 1

INTRODUCTION 3

Function of the General Part 3
The General Part in the *Criminal Code* 4
An Improved General Part 5
Liability and Defences 6
The Proposed Draft 7
Limitations of the Draft 8
Criminality: Three Questions 9

I. PRINCIPLE OF LEGALITY 11

Draft Legislation s.1 12
Annotation to Draft Legislation 12

II. PRINCIPLES OF CRIMINAL LIABILITY 15

1. Conduct 15
Draft Legislation s. 2 21
Annotation to Draft Legislation 21

2. Mental Requirements 22
Draft Legislation s. 3 26
Annotation to Draft Legislation 27

III. DEFENCES 35

A. Exemptions 36

1. Immaturity 37

Draft Legislation s. 4 39

Annotation to Draft Legislation 40

2. Mental Disorder 41

Draft Legislation s. 5 50

Annotation to Draft Legislation 50

B. Excuses 54

1. Intoxication 54

Draft Legislation s. 6 59

Annotation to Draft Legislation 59

2. Automatism 63

Draft Legislation s. 7 67

Annotation to Draft Legislation 67

3. Physical Compulsion and Impossibility 69

Draft Legislation s. 8 70

Annotation to Draft Legislation 71

4. Mistake or Ignorance of Fact 71

Draft Legislation s. 9 74

Annotation to Draft Legislation 75

5. Mistake or Ignorance of Law 77

Draft legislation s. 10 82

Annotation to Draft Legislation 82

6. Duress 84

Draft Legislation s. 11 87

Annotation to Draft Legislation 88

7. Necessity 91
Draft Legislation s. 12 96
Annotation to Draft Legislation 96
C. Justifications 98
1. Self-Defence 98
Draft Legislation s. 13 101
Annotation to Draft Legislation 102
2. Protection of Property 105
Draft Legislation s.14 (Movable Property) .. 107
Annotation to Draft Legislation 108
Draft Legislation s. 15 (Immovable Property)..... 109
Annotation to Draft Legislation 110
3. Advancement of Justice 111
Draft Legislation s. 16 113
Annotation to Draft Legislation 115
4. Lawful Assistance 119
Draft Legislation s. 17 119
Annotation to Draft Legislation 119

SUMMARY OF PROPOSED LEGISLATION 121
ENDNOTES TO THE GENERAL PART 131
APPENDIX A — CONSENT 137
APPENDIX B — LAWFUL CORRECTION 139
APPENDIX C — BURDEN OF PROOF 141
APPENDIX D — TRANSFERRED INTENT 143
APPENDIX E — THE ROLE OF THE GENERAL PART 145
ENDNOTES TO THE ROLE OF THE GENERAL PART 191

Foreword

This Working Paper on the criminal law's *General Part: Liability and Defences* is the result of a considerable investment of work and time on the part of successive Commissioners, our advisers, research staff and, to a lesser but still important extent, many outside consultants. Accordingly, the proposals expressed in this paper have been finely sifted by the present Commissioners as well as by former Commissioners whose terms ended during the course of this major study. Constant, innovative and intelligent have been the labours of our project co-ordinators, Professors Patrick Fitzgerald and Jacques Fortin, in the development of this project.

Because this project has been so finely sifted by a succession of Commissioners and outside consultants, it is inevitable that not every proposal expressed in this Working Paper engages the full and complete assent of every Commissioner. What does engage our unanimous assent is the utility and desirability of according codified expression to the liabilities and defences inherent in Canadian criminal law. A thorough review of Canadian criminal law has been proposed by this Commission and has been emphatically accepted by the federal and provincial governments of Canada — an acceptance echoed by the judiciary, the law faculties, the public and the communications media. This Working Paper constitutes an important part of that thorough review.

Reasonably, we anticipate that the important and innovative proposals expressed in this document will not all generate unanimous public and professional agreement. These proposals deserve an objectively critical reading because they proceed from a serious and major study of liabilities and defences in Canadian criminal law. In a large, if not literal, sense the fruits

of this study and of the whole review process can better ripen into marked improvements — that is, reform — of Canadian criminal law, through the expression of our readers' thoughtfully considered responses to, and opinions on, the proposals published in this Working Paper.

The subject is so large and complex that we cannot present a whole and discrete package of unanimous tentative recommendations which could be the complete subject of one whole reform statute. We have decided not to go behind closed doors and close off all consultation for five years, and then to disgorge a Criminal Code wholly and hopefully unanimously of our own sole making. Rather, we have to produce a sequence of parts of the reviewed and prospectively reformed criminal law for public and professional response from time to time. This is a big part, and the Commission's final recommendations to Parliament on liabilities and defences will have to be made to fit with the other parts of the sequence of studies, reviews and recommendations.

This Working Paper is presented in the spirit and under the exigencies above mentioned. We now need the best cerebral efforts of our readers in critical response, based on their knowledge, logic and experience. We need, too, the general public's perceptions of how near to, or far from, the mark these proposals come in relation to public expectations of a clearer, simpler, more effective pronouncement of Canadian criminal law.

Introduction

This is the Commission's first Working Paper on the General Part of criminal law. As such, it deals with the most central topic of that area of criminal law: criminal liability and general defences.

Traditionally, however, the General Part covers many other topics in addition. On the one hand it contains rules about jurisdiction, interpretation and limitation of time. On the other hand it includes provisions concerning criminal participation and inchoate offences (attempt, incitement and conspiracy). In short the General Part of criminal law provides those general rules and principles relating to the scope and applicability of the detailed criminal laws found in the Special Part.

Function of the General Part

Clearly the General Part has a threefold function to perform: to organize, rationalize and illuminate the criminal law. It organizes by providing general rules which obviate the need for endless repetition in the definitions of offences — the Special Part. It rationalizes by setting out these rules logically and systematically so as to bring order and coherence to the criminal law. It illuminates by articulating basic moral attitudes which underline the law and give it overall direction.

Of all the areas of the General Part the one most clearly fulfilling this function is the chapter on criminal liability and defences. The rules on criminal liability — the basic requirements for responsibility — save the Special Part from repetitiveness and manifest the moral underpinnings of the criminal law. They do so by articulating the proposition that there can

be no criminal liability without some act, omission or other conduct and without some measure of fault or culpability — the proposition enshrined in the maxim *actus non facit reum nisi mens sit rea*. "There must", said Laskin C.J. in *R. v. Prue and Baril*,[1] "be a substantive non-geographical basis for federal legislation, and where criminal law is concerned, and especially where an offence is included in the *Criminal Code*, it is generally found in a requirement of proof of *mens rea*."

Likewise, the rules concerning general defences are central to the criminal law. These defences are impliedly included in the definitions of offences in the Special Part and so have a vital bearing on the drafting of that part. As well, they form a core of knowledge essential for the reader of the *Code* — no one can remember every criminal law prohibition but each judge and lawyer ought to have the general defences at his fingertips. Finally, they show the moral limits of the criminal law — the limits beyond which an individual may not legitimately be held criminally liable.

This chapter of the General Part, therefore, on liability and defences, has three functions to perform — to organize, rationalize and clarify the criminal law.

The General Part in the *Criminal Code*

These functions our Canadian *Criminal Code* fails to perform because its General Part lacks completeness, generality and orderly arrangement.

First, our current General Part does not achieve completeness. It leaves many matters of general relevance to the special part — e.g. recklessness is dealt with specifically under subsection 386(1) on mischief. It leaves others to common law — e.g. necessity and intoxication. Finally, by virtue of subsection 7(3), it must be supplemented by the common law.

Second, the present General Part lacks sufficient generality to obviate repetitiveness in the Special Part. It has for example

no general provision relating to *mens rea*, while at the same time *mens rea* words like "fraudulently", "intentionally", "knowingly" and "wilfully" occur in no less than two hundred and fifty sections in the Special Part. In addition there are numerous provisions in the Special Part concerning defences — e.g. subsections 253(2), 260(3), 267(3) and 378(2) on mistake, subsection 150(3) on duress and section 198 and subsection 221(2) on necessity.

Third, the General Part lacks orderly arrangement. Rules belonging to the General Part of criminal law are found in three different places — in the General Part of the *Code*, in the Special Part of the *Code* and in the common law. This scattering of the rules precludes systematic presentation and causes problems over the interrelation of certain General Part and Special Part provisions.

An Improved General Part

An improved General Part should in our view be structured on the following pattern:

Chapter I Objects and Principles

Chapter II Application and Jurisdiction

- (1) classification of offences
- (2) interpretation
- (3) provisions concerning time
- (4) jurisdiction
- (5) principle of legality

Chapter III Liability and Defences

- (1) liability
- (2) defences
- (3) corporate liability

Chapter IV Participation

Chapter V Inchoate Offences

(1) attempt

(2) incitement

(3) conspiracy.

The above topics, among others, clearly merit inclusion in a well-structured General Part patterned in the common-law tradition. At the outset it should enunciate the objects of the *Code* together with its underlying principles. Next it should contain rules governing its application and interpretation. Thirdly, it should set out rules concerning liability and general defences. Fourthly, it should determine, as a corollary of liability, the conditions allowing extension of liability to accomplices and other parties. Lastly, albeit paradoxically, it has to deal with certain offences, i.e. attempt, incitement and conspiracy, which are traditionally, by reason of their generality, excluded from the Special Part.

Liability and Defences

This Working Paper confines itself to liability and defences. It deals primarily with general defences — immaturity, mental disorder, intoxication, automatism, physical compulsion and impossibility, mistake of fact, mistake of law, duress, necessity, self-defence, protection of property and advancement of justice. It also deals, though not in the traditional language, with the requirements of *actus reus* and *mens rea*.

Admittedly, the above catalogue of defences is incomplete, and for three reasons. First, there are defences of special application, e.g. provocation, which find their natural place under the rubric of the relevant offences. Second there are defences like alibi which deny one or more elements in the charge and require no special treatment. Third there are defences like *autrefois acquit*, which raise procedural hurdles and

are more conveniently dealt with elsewhere. This chapter of the General Part, therefore, can be reserved for defences which, like mental disorder or mistake of fact, exclude liability on the ground of lack of fault.

Admittedly also, the recommended structure of the General Part reflects traditional approaches to criminal liability. Such approaches view liability in terms of positive ingredients of fault (*actus reus* and *mens rea*) and negativing factors warranting exculpation (general defences). Yet why should a General Part contain both types of rules? Could it not deal with liability and defences simply in terms of positive requirements of conduct and culpability — surely a more elegant approach viewed simply from the standpoint of abstract codification principles? Alternatively, could it not deal with the matter solely in terms of general defences, expounding liability through negative criteria as did Hale and other early writers on the common law?

Our answer is that both types of rules are necessary. Rules on defences are what practitioners primarily work with. Rules on liability are intimately related to the definitions in the Special Part, which in effect they serve to interpret. Naturally, however, because the Special Part is yet to be drafted, this Working Paper puts its primary stress on defences and gives rules on liability a necessary provisional status.

The Proposed Draft

This paper, then, focuses on the rules governing criminal liability and general defences. It presents them with sufficient generality to obviate the need for further provisions in the Special Part. At the same time it remains faithful in substance to the tradition and thrust of our present law. In other words, the proposed Draft is more a codification than a reform of the present law.

After all, the shortcomings of our present General Part relate less to substance than to form. In substance the rules are

well understood, fundamentally accepted and based on general moral propositions. In form, however, they are articulated without sufficient clarity, scattered in a variety of sources and to a large extent left entirely to the common law.

Accordingly, the changes in this paper relate mainly to form, style and arrangement. The proposed Draft attempts to be clearer, simpler and more comprehensive than our present *Code*. Sections, for instance like those on self-defence (*Cr.C.* ss. 34-35) and on defence of property (*Cr.C.* ss. 38-42) are restated more simply and more understandably. Sections on acts done with lawful authority, e.g. effecting lawful arrest, are stated broadly, leaving specifics to more appropriate chapters of the *Code* dealing with police powers. Defences like necessity and duress have been included so as to avoid the need for constant reference back to common law.

Questions of substance, however, did present themselves. Some of the general defences currently raise considerable controversy. Mental disorder and intoxication are prime examples. On these our consultations revealed such lack of consensus that in order to get further feedback we put forward alternative formulations representing in essence the different approaches currently adopted.

Limitations of the Draft

Inevitably the Draft has limitations. First, like all Working Papers, it is only tentative, and this is particularly so when final decisions can be taken only after the Special Part has been redrafted. Second, it deals only with substantive rules and not with those of procedure or evidence, though its proposals have been formulated on the understanding that the burden of proof would continue to be the same as under present law. Third, it treats only of general defences, leaving special matters, e.g. consent to death or violence, to be treated by the relevant sections of the Special Part. Fourth, it regards the proposed rules on liability as tentative until the Special Part has been redrafted. Finally, it omits reference to jurisdiction,

classification of offences and other important matters which must find their place in a complete and comprehensive General Part but which deserve separate treatment in their own right.

Given these limitations, however, the Draft in our view deserves scrutiny and comment concerning what it sets out to do. It tries to set out complex and sophisticated concepts in plain language appropriate for general understanding. At the same time it seeks to remain true to the traditions of our law, in touch with present practice and open to judicial creativity as required by a society undergoing constant change.

Criminality: Three Questions

Three questions arise regarding criminality. One is whether an individual should be criminally liable only for conduct already defined by law as an offence. Another is what, for this purpose, should count as conduct? The third is how far should an individual be criminally liable for things he did not mean to do?

The first question is here dealt with under the heading of the Principle of Legality. The second, traditionally considered as the problem of *actus reus*, and the third, traditionally seen as the problem of *mens rea*, are here dealt with together under the Principles of Criminal Liability.

I

Principle of Legality

What should be done about behaviour too novel to have attracted criminal prohibition but too wrongfully injurious to be left unpunished? Should courts or legislatures move in to prohibit such behaviour retrospectively? Or should the individual responsible for such behaviour escape because of gaps and incompleteness in the criminal law?

Something can be said in favour of a degree of retrospective lawmaking. First, the individual in question is clearly guilty of wrongdoing and in justice merits punishment. Second, to outlaw such behaviour for the future only could produce injustice — future offenders would be punished while the present offender would be the lucky beneficiary of inadequacies in the law. As observed by Viscount Simmonds in *Shaw v. D.P.P.*:[2]

> . . . When Lord Mansfield, speaking long after the Star Chamber had been abolished, said that the Court of King's Bench was the custos morum of the people and had the superintendency of offences contra bonos mores, he was asserting, as I now assert, that there is in that court a residual power, where no statute has yet intervened to supersede the common law, to superintend those offences which are prejudicial to the public welfare. Such occasions will be rare, for Parliament has not been slow to legislate when attention has been sufficiently aroused. But gaps remain and will always remain since no one can foresee every way in which the wickedness of man may disrupt the order of society. Let me take a single instance to which my noble and learned friend, Lord Tucker, refers. Let it be supposed that, at some future, perhaps, early, date homosexual practices between adult consenting males are no longer a crime. Would it not be an offence if even without obscenity, such practices were publicly advocated and encouraged by pamphlet and advertisement? Or must we wait until Parliament finds time to deal with such conduct? I say, my Lords, that, if the common law is

> powerless in such an event, then we should no longer do her reverence. But I say that her hand is still powerful and that it is for Her Majesty's judges to play the part which Lord Mansfield pointed out to them . . .

Compelling arguments, however, can be advanced for the opposite point of view. First, it is also unjust to penalize a person for acts legally innocent at the time of their commission. Second, it is inimical to liberty to subject the citizen to arbitrary government rather than to regulation by laws that are certain. Third, it goes against a principle enshrined in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, adopted by many civil-law and other jurisdictions, relating to the rule of law and finally accepted by the *Cr.C.* s. 8, which provides that no one shall be convicted of an offence at common law.

In our view the principle of legality is now accepted in Canada. Indeed the principle that no one should be criminally liable except for an offence already defined by the law is the keystone of our criminal law. Accordingly in a reformulated *Code* this principle should form the starting-point as follows:

DRAFT LEGISLATION

Principle of legality

1. No one is criminally liable except for an offence defined by law.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

The Draft begins with an explicit formulation of the principle of legality. This principle is already recognized in *Cr.C.* s. 8. Its explicit formulation in the Draft is not designed to change the substance of the law but is included in the interest of completeness.

In this regard, however, Draft section 1 is not meant to be exhaustive. Corollaries of the principle of legality remain to be defined and drafted, e.g. the application of law in space and time, the rule against non-retroactivity of criminal legislation, etc. These will find their place in sections of the General Part which will be drafted at a later date.

II

Principles of Criminal Liability

In criminal-law tradition, criminal liability involves a distinction between the physical element (*actus reus*) and the mental requirement (*mens rea*) necessary for the commission of an offence. The first requirement is dealt with in the Draft by sections 1 and 2, the second by section 3.

1. Conduct

As to the physical element, section 1 gives rise to two questions: one concerns the meaning of "conduct", the other concerns the meaning of "forbidden by law" — what is meant by *actus* and what is meant by *reus*. This second question, being the simpler of the two, is here considered first.

(1) Forbidden by Law

To incur criminal liability, clearly a defendant's conduct has to contravene the criminal law. In other words, the starting point of any inquiry into criminal guilt must be the definition of the offence with which he is charged. This fact is obviously signified by the word *reus* in the term *actus reus*. It is also intimately connected with, and for the most part covered by, the principle of legality.

This being so, a Code could logically go straight from that principle to the general defences. The principle of legality

states that no one is criminally liable except for an offence defined by law. What constitutes an offence will be laid down by the Special Part. What counts as a general defence will be laid down in the General Part. In a sense, then, there is no need to deal with *actus reus* or *mens rea*.

As argued below, however, the general principles of *actus* and *mens* merit inclusion. The need for both conduct and a particular state of mind is so fundamental that articulation of these two elements is necessary to illuminate the entire *Code*. For that reason, sections on both these principles have been included.

(2) The Need for Conduct

Some conduct on the part of the accused is rightly made a requirement for the imposition of criminal liability. Morally, people cannot be blamed except for things they do or fail to do — they cannot be blamed for things which simply happen and which they cannot help. Likewise in law they ought not to be, and are not in principle, held criminally liable except for their own actions and omissions. There has to be an *actus* on their part.

The Law

In law this need for an *actus* manifests itself in two ways. First, within the Special Part of the criminal law the various offences are invariably defined in terms of concrete verbs, e.g. every one who "kills", "takes", "defrauds", "declares", "causes", "is in possession of" and so on. Such verbs denote specific ways of acting, omitting or being.

Second, within the General Part of criminal law there evolved a general principle that there must be an *actus reus*. This principle excludes from criminal liability all occurrences not qualifying as acts on the part of an accused. Such occurrences include natural occurrences, acts of others, mere inactivity and involuntary behaviour.

Natural occurrences cause little problem in this context. No question arises of holding a defendant criminally responsible for acts of God, inevitable accidents or other events in nature. For such events no one is liable unless he caused them.

Acts of others too are relatively unproblematical. In general no one can be criminally liable for acts done by someone else. To this, however, there are three exceptions. He can incur criminal liability for the actions of another person if by force, persuasion or some other means he caused that person to perform them, if he participated in their performance or if the law specifically provides that he can be vicariously liable for them. These three exceptions are dealt with under special provisions relating to incitement, parties and vicarious liability.

Mere inactivity also in general, forms no ground for criminal liability. In criminal law, as in tort law, "not doing is no trespass". This general rule too, however, admits of exceptions in that where such inactivity amounts to an omission, there may be liability. In this context "omission" means a failure to do what is required by law. Such a requirement may arise in three ways. The law may specifically provide that it is an offence to fail to do a certain act, e.g. to stop and identify oneself after a motor accident (*Cr.C.* subs. 233(2)). It may make a more general provision, e.g. that every one undertaking to perform an act must do it if its omission would endanger life (*Cr.C.* ss. 199 and 202). Or it may, like common sense, regard a wrongful omission as a way of committing a wrongful act, e.g. in *Fagan v. Commissioner of Metropolitan Police*[3] failure to remove a motor car from a police officer's foot when so requested was regarded as a positive act of keeping the car on the policeman — an act amounting to assault.

Finally, involuntary behaviour also rules out liability in principle. Such behaviour falls into three categories. One consists of behaviour in no way qualifying as action in the ordinary sense, e.g. spasms, twitches and other reflexes. Another consists of behaviour resembling action but in fact resulting from automatism, i.e. a state of clouded consciousness due to

somnambulism, hypnosis, concussion or other such factor. The last category comprises actions done under the compulsion of another person.

These different categories of involuntary behaviour are dealt with by the law in different ways. Spasms, twitches and other reflexes raise little problem in practice. In the first place there are few, if any, prosecutions relating to them. Second, it is extremely difficult to see how such behaviour could ever come four-square within the terms of the concrete verbs used in definitions of specific offences.

Behaviour resulting from automatism has created much more difficulty. Two different approaches have been adopted to avoid imposing liability in such cases for behaviour outside the control of the accused. One is to rely on the doctrinal requirement of an *actus reus* and to so define this concept as to restrict it to acts done with volition. The other is to call in aid a special defence of automatism (see under Defences).

Similarly with actions done under compulsion there have been two approaches. One is to hold that such an act does not qualify as an *actus reus* — if *A* takes *B*'s hand and makes it strike *C*, it has been said, the striking is not the act of *B* but of *A*. The other approach is to bring in a special defence of compulsion (see under Defences).

In criminal law, then, whether liability results from Special Part provisions, from general defences or from the doctrine of *actus reus*, it requires in general some action on the part of the defendant.

Problems with the Law

Two problems arise regarding present law. The first concerns the analysis of *actus reus*. The second concerns the interrelation between the *actus reus* doctrine and certain general defences.

(a) Analysis of *actus reus*

As mentioned above, in order to rationalize the exclusion of involuntary behaviour from criminal liability, attempts have been made by theorists to define *actus reus* so as to restrict it to voluntary behaviour. This has led to various theories concerning the nature of an act, the best known to lawyers being Holmes's theory that an act is a willed muscular contraction.[4] Such theories have invariably raised more problems than they have solved. In what way are these muscular contractions willed? Is a muscular contraction really what is ordinarily meant by an act? And how does the theory deal with omissions, where there is nothing to be willed at all?

By contrast, lawmakers and judges for the most part took a more practical course. Avoiding getting ensnared in abstract theory, they provided concrete defences for involuntary behaviour, e.g. automatism and compulsion. This course had twofold merit. It proved much easier to develop a rule about exceptions to the norm (involuntariness) than to produce a definition of the norm itself (voluntariness). It also allowed courts to cope pragmatically with such exceptions on a case-by-case basis.

In our view this is clearly the course which ought to be adopted in a Code. For that reason we leave involuntary behaviour to be governed by the defences of automatism and compulsion contained respectively in sections 7 and 8 of the Draft. This being so, no need arises to provide definitions of "act" in order to restrict that term to voluntary behaviour. Regarding the need for an *actus*, it is sufficient to note that no one is criminally liable except for conduct coming within the legal definition of an offence. As to the different kinds of conduct — acts, omissions and states of being — these can be dealt with under the section concerning *mens rea* (see below).

(b) The interrelation between *actus reus* and general defences

With *actus reus*, as with *mens rea*, there is some overlap with certain of the general defences. To say that someone has

a defence of automatism is to say he did no *actus reus*. Likewise, to say he has a defence of mistake of fact is to say that he did not have *mens rea*. Clearly, then, there is no need to provide at one and the same time elaborate definitions of *actus reus* and *mens rea* and elaborate provisions concerning such defences. Indeed, to do so could cause confusion and in some cases inconsistency.

This being so, there are two choices. One would be to provide elaborate definitions of *actus reus* and *mens rea* and to omit general defence provisions. Such elaborate definitions would deal with all defences negativing *actus reus* and *mens rea*. These would include, as already pointed out, automatism, compulsion and mistake of fact. (They would not of course include excuses like duress or justifications like self-defence, which operate more by way of confession and avoidance.)

The alternative choice would be to omit elaborate definitions of *actus reus* and *mens rea*, and leave all matters negativing liability to be taken care of by general defences. This too would be a logical approach, and it would evince other merits also. First, earlier common-law authorities dealt with liability through general defences — Hale, for instance, never defined *actus reus* or *mens rea*. Second, it is through general defences that lawyers and judges generally seek to determine criminal liability in practice. Third, to emphasize defences rather than *actus* and *mens* would highlight what Hart[4a] has called the defeasible nature of criminal liability: it is not so much that an accused is not liable for what he did unless certain conditions are fulfilled — rather he will be liable unless it comes to light that there was some excuse, justification or other exonerating factor. Fourth, as Stephen[5] pointed out, there is no such thing as *mens rea*; there are only different *mentes reae* — and this holds true for *actus reus* also. Finally, satisfactory analysis of *actus reus* and *mens rea* is notoriously hard to achieve.

In our view neither alternative is wholly satisfactory. On the one hand a full array of general defences is desirable and any elaborate definition of *actus* and *mens* should be avoided. On the other, the requirement for *actus reus* and *mens rea*

constitutes such a basic principle within our criminal law that it must form, if only in most general terms, the starting-point of any rational exposition of that law.

Accordingly, we recommend that, after an initial section on the principle of legality, the *Code* should continue with two sections on *actus reus* and *mens rea*. These, however, should be couched in modern terms. The first section should simply state that conduct is a requirement for criminal liability but that, given such conduct, liability may be negated by some exemption, excuse or justification. The second, dealing with *mens rea*, is discussed below.

DRAFT LEGISLATION

Criminal liability

2. (1) No one is criminally liable for an offence unless he commits it or is a party to it.

(2) No one commits an offence except by conduct coming within the definition of that offence.

(3) Notwithstanding that a person's conduct may come within the definition of an offence, he is not criminally liable for that offence if he has an exemption, excuse or justification allowed by law.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

This section sets out three basic principles of criminal law.

First, criminal liability can be incurred only by one who commits an offence or is a party to it. As drafted, however, subsection (1) is not exhaustive. It will have to be interpreted

in the light of the rules governing criminal participation and vicarious liability, which rules have not been drafted yet.

Second, criminal liability requires an *actus reus*. Subsection (2) expresses this common-law principle in more modern terms by setting out as a requirement for criminal liability the commission of conduct coming within the definition of an offence.

Third, as discussed above, criminal liability is a defeasible concept. Subsection (3) recognizes this by stating that, given a prohibited conduct on his part, a person is still not criminally liable if he has an exemption, excuse or justification allowed by law.

2. Mental Requirements

This question concerns the concept known in criminal-law tradition as *mens rea*. As criminal law grew more sophisticated, there emerged the principle *actus non facit reum nisi mens sit rea*. In order to be guilty it was not sufficient to do a wrongful act. The accused also had to do it with a wrongful state of mind.

This principle is clearly in accordance with our ordinary notions of morality. A person who does something wrong will not usually be held to blame unless he means to do it, knows what he is doing or at least should know what he is doing. Wrongdoing has what can be called an internal, as well as an external aspect: not only the act itself but also the motive, intent and reason for it are relevant from the moral point of view.

The Law

In law the doctrine of *mens rea* only forms a starting-point. It tells us that some wrongful state of mind is necessary for criminal guilt. It does not tell us what that wrongful state of

mind consists of. For that we have to look elsewhere — to definitions of offences, to rules relating to defences and to theoretical analysis.

First, definitions of offences. In these such terms as "maliciously", "fraudulently" and so on were so commonly used, first by judges creating the common law and later by the legislature, that it became clear, as Stephen J. observed, that the definition of every crime expressly or by implication imports some reference to a state of mind. What that state consists in is something to be ascertained by looking at such definitions.

Meanwhile the courts also worked out rules concerning general defences. One such — mistake of fact — has an intimate bearing on *mens rea*. A person labouring under mistake of fact is not guilty because he lacks *mens rea*. Accordingly, *mens rea* begins to look like absence of mistake of fact.

Theoretical analysis, however, has produced different definitions some of which have gained judicial recognition. These were expressed in terms of intent and recklessness. Alternatively they were articulated in terms of desire and foresight of consequences.

Problems with the Law

Judicially recognized though they have been, such definitions are less than wholly satisfactory. For one thing, they try to cover with one *mens rea* formula, which often turns out to be apt only for the offence of murder, a whole number of *mentes reae* varying from offence to offence. For another, they try to describe the whole concept of liability in terms of what is in fact only one aspect of it. A further problem relates to the difficulty of elucidating even the central minimum mental element denoted by *mens rea*. Finally there is the question whether a Code should duplicate provisions by including not only a *mens rea* principle but also rules relating to defences.

(a) *Mens rea* and *mentes reae*

Many of the suggested definitions of *mens rea*, though highly appropriate to murder, are inappropriate to other crimes like theft, fraud and offences of corruption. As Stephen J. observed, though the definition of every crime involves a reference to a state of mind, there is no such thing as *mens rea* but rather, different *mentes reae*. (See Appendix E: The Role of the General Part, p. 143.) In fact the mental element of an offence splits into two: (1) the general minimum requirement enshrined in the *mens rea* doctrine, and (2) the definition of each offence in question, consisting of dishonesty, of absence of lawful excuse or of some specific intent and only fully understandable by reference to the value imperilled by the offence in question. *Mens rea* relates not only to psychological but also to moral factors, and no general definition can capture the gravamen of all offences.

(b) Two aspects of liability

As to the second point, *mens rea* can be understood in two different ways. It can refer to mental facts — intent, recklessness or knowledge. In this sense, it has a purely descriptive meaning, with criminal liability involving three things: (1) an *actus reus*, (2) a *mens rea*, and (3) lack of a defence, so that there may be *actus reus* and *mens rea* without liability on account of some defence. Alternatively *mens rea* has a normative connotation. In this sense to say that someone had *mens rea* is to say that he is at fault in that he did the prohibited act with the required state of mind and had no excuse or justification for doing it. In other words *mens rea* means guilt or blame.

(c) The central meaning of *mens rea*

Even if *mens rea* is restricted to the general minimum mental element, as opposed to specific requirements in the different definitions, it has not proved easy to elucidate its central meaning. This meaning cannot consist in intention, for many crimes may be committed without intent. Nor can it consist in recklessness, for some crimes can only be committed

with deliberate intent. No definition of *mens rea*, then, seems wholly adequate.

(d) *Mens rea* and defences

This point has already been dealt with above under "The interrelation between *actus reus* and general defences".

In our view the problem of *mens rea* admits of a possible solution. First, for the reasons given earlier we think that although a Code should provide explicitly for the defence of mistake of fact, it should also articulate the principle of *mens rea* in modern terms. Second, since any specific mental element required for any particular offence will be contained expressly in its definition, there is no need in the General Part to do more than formulate the minimum mental requirement. Third, that minimum element, it can be seen, consists in knowledge.

According to the case law, the hallmark of crimes as opposed to quasi-crimes, is intent and recklessness as distinct from negligence. The difference between those distinct states of mind, however, lies in knowledge. Without knowledge there can be neither intent nor recklessness. Clearly, then, the minimum requirement for liability is knowledge.

Knowledge, however, may be actual or constructive. Actual knowledge is that which a person has or would have if he did not wilfully shut his eyes to an obvious means of knowledge. Constructive knowledge means knowledge he would have if he did not neglect to make such inquiries as a reasonable and prudent person would make. Only the former, actual knowledge is sufficient for crimes. Constructive knowledge, a kind of negligence, is relevant to offences other than crimes, that is, regulatory offences for which strict or absolute liability may be imposed.

Knowledge, then, is the necessary condition for criminal liability. It is not, however, a sufficient condition for several reasons. First, the definition of the offence in question may require some special purpose on the part of the accused.

Second, the offence may be one which can be committed only with some motive connected with the value infringed by that offence, e.g. without lawful excuse, fraudulently, corruptly, etc. Third, an accused may act knowingly but still not be liable because of the operation of some general defence, e.g. duress, necessity or self-defence. In all these situations knowledge alone will not entail liability but lack of knowledge precludes guilt. Knowledge, then, remains the *sine qua non* of liability for crimes.

Finally, attention should be paid to the precise import of the doctrine of *mens rea*. This was, as Stephen J. put it, that the definition of every crime *involves a reference* to a state of mind. In other words it was a rule of construction for courts interpreting common-law and statutory definitions of crimes. Seen in this light, the doctrine can now be better reformulated explicitly as a guide to the interpretation of the definitions in the Special Part.[6] This is the approach adopted in the Draft.

DRAFT LEGISLATION

Mental requirements in definitions of offences

3. Definitions of offences shall be so interpreted that, unless otherwise provided, no one commits an offence,

[Acts: Knowledge]

(*a*) by reason of an act unless in doing it he knows the circumstances specified in the definition of that offence,

[Omissions: Knowledge]

(*b*) by reason of an omission unless he fails to perform a duty imposed by law and knows the circumstances giving rise to such a duty,

[Other situations]

(*c*) by reason of any other situation (including possession) specified in

the definition of that offence unless he knows the circumstances specified in that definition,

[Consequences: Foresight]

(*d*) by reason of a consequence specified or implied in the definition of that offence unless he knows that he might cause that consequence, or

[Purposes]

(*e*) by reason of a purpose specified in the definition of that offence unless in fact he has that purpose.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

This section sets out rules of interpretation governing the offence-creating sections in the Special Part. The words "unless otherwise provided" allow for such exceptions to these rules as Parliament may determine.

Existing case law recognizes three different regimes of criminal liability: *mens rea*, strict liability and absolute liability. In principle real crimes require *mens rea*, i.e. intention or recklessness, knowledge, or its equivalent, wilful blindness, while regulatory offences are offences of strict or absolute liability. In general they are offences of strict liability, i.e. liability is based on negligence. Exceptionally they may be offences of absolute liability which rules out a defence of mistake of fact however reasonable (*R. v. Sault Ste. Marie*).[7]

This case-law position is substantially retained by the Draft. The basic regime of liability, requiring knowledge or its equivalent "wilful blindness", is governed by section 3. The other form of liability, e.g. negligence — in regulatory offences or even elsewhere if the lawmaker so provides — is governed by subsection 9(1) on mistake of fact (see below: p. 74).

Unlike the case law, however, Draft subsection 9(4) speaks in terms of *Criminal Code* offences and other offences. For the distinction between real crimes and regulatory offences, although sound in principle, lacks precision and predictability. The Draft substitutes a more mechanical criterion — the legislative location of the offence in question. In doing so it assumes that all crimes belong to the *Criminal Code* and all remaining offences are defined elsewhere.

In making this assumption the Commission does so only as a starting-point. Naturally it has to bear in mind four different factors. The first relates to the role of Parliament, the second to its jurisdiction, the third to questions of administering criminal justice and the fourth to classification in the criminal law.

As to the role of Parliament, it must be borne in mind that in the final analysis the question whether to locate the prohibition of an act within the *Code* or elsewhere is a matter for Parliament. Reformers recommend. Only Parliament decides.

Next, the matter of jurisdiction. In making any such prohibition Parliament is subject to certain constraints. Apart from exceptional cases falling under other provisions of *B.N.A. Act* section 91 (weights and measures, customs and excise, or peace, order and good government) acts can in general only be prohibited by Parliament pursuant to its criminal law-making authority contained in subsection 91(27). This being so, such prohibitions (even when concerning contraventions rather than "real crimes") tend to be placed in the *Criminal Code*.

Third, there is the question of administration. By virtue of *B.N.A. Act* subsection 92(14) the administration of justice in the province falls under provincial jurisdiction. This being so, in order to keep enforcement in federal hands regarding certain areas, some prohibitions (even when concerning "real crimes" rather than "contraventions") tend to be placed outside the *Code*.

Lastly, classification. Although the line between "real crimes" and "contraventions", or "regulatory offences", may

be blurred, there is a distinction, and the *Criminal Code* would generally be expected to relate only to "real crimes". As Laskin C.J. said in *R. v. Prue and Baril*,[8] "the *Criminal Code* is a code of outright prohibitions, distinguishable from regulatory offences created by other kinds of federal legislation".

Ideally, then, or as a starting-point, one would envisage all prohibitions of "real crimes" and only these as falling within the *Code*. And where such prohibitions must be buttressed by ancillary regulatory provisions (as with the prohibition of unlawful possession of firearms under *Cr.C.* ss. 89-106.9), only the prohibitions themselves need to be contained within the *Code*, and the regulatory provisions could be located in appended schedules. In that case such offences could be regarded as not governed wholly by the *Code* (i.e. by its text) but partly by the *Code* and partly by a regulatory schedule. If that were so, there could be under Draft paragraph 10(3)(*c*) (see below at p. 82) a defence of ignorance or mistake of law regarding the regulations if it arose from reasonable reliance on administrative authority.

In addition the Draft brings clarity to a particularly difficult aspect of the criminal law. Whereas existing case law treats *mens rea* in terms of abstract concepts like intention and recklessness, the Draft defines mental requirements of liability more concretely, spelling out their application to acts, omissions and so on in words more understandable to jurors.

A further result of this approach is legislative simplicity. Legislative definitions of offences need no longer to refer to the general mental requirements provided by the interpretative rules of Draft section 3. Instead they need to refer only to any additional requirements necessary for the offence in question.

"*Acts*"

The commonest type of conduct will of course consist of acts since most verbs used in definitions of offences are verbs of action. Accordingly, wherever an offence is defined wholly or partly in terms of an act, the rule in paragraph 3(*a*) applies.

Under this rule an accused will not commit that offence unless in doing the act he knows the circumstances specified in that definition. So, he will not commit the crime of assault if he is unaware that his victim did not consent or would not have consented to the force applied. Likewise he will not commit theft if he is unaware that the property belongs to another. As always, of course, knowledge would include wilful blindness.

"*Omissions*"

Another common type of conduct consists of omissions. The definitions of many offences use words like "failing", "neglecting" or "omitting". Such words denote more than just "not doing"; they denote "not doing what one ought to do", i.e. the failure to perform a duty imposed by law. The word "law" is not defined in the Draft. In the case law on criminal negligence it has acquired a broad meaning including common law and legislation adopted by competent authority for the governing of life in society (*St Germain c. R.*).[9] Though this seems inconsistent with the notion that crimes are violations of criminal law and not of any other law, it should be borne in mind that failure to perform a legal duty is not in itself criminal but only so where criminal law so specifies. When it does so specify, Draft paragraph 3(*b*) requires, in accordance with present law, that the duty in question must be a legal, not a mere moral, obligation.

The words "know the circumstances giving rise to such a duty" relate to the factual circumstances giving rise to it and not to the law imposing it. In the case of the offence of failing to stop after an accident the circumstance in question is the accident. This is what gives rise to the duty, and an accused unaware that there has been an accident cannot commit the offence. (*Harding v. Price*.[10] See also *Hill v. R.*[11])

"*Any other situation (including possession)*"

Some offences consist neither in acts nor omissions but in states of affairs or situations. Such is the case, for example,

with offences of being at large, of being in unlawful possession, and so on. Such offences are covered by Draft paragraph 3(*c*), which specifies that to commit such an offence an accused must know the circumstances under which the situation, e.g. his being in possession, is prohibited — he will not be guilty unless he is aware of the facts making his possession unlawful.

"*Consequences*"

Many offences are defined directly or indirectly in terms of consequences. Such offences raise a problem as to what state of mind is necessary if an accused is to be held responsible for a consequence.

To this question Draft paragraph 3(*d*) provides an answer. The rule provides that to be responsible for a consequence an accused must at the least have known it to be a likely outcome of his conduct. This state of mind, usually called recklessness, may be contrasted with intention. A person who intends a consequence and who therefore falls under Draft paragraph 3(*e*), pursues it, while a person who does not intend it but is merely reckless simply foresees it as a probable result of a risk which he takes consciously.

Whether recklessness should be defined subjectively (the accused actually foresaw) or objectively (he ought to have foreseen) is still unsettled in the case law. Draft section 3 adopts a subjective approach because in principle *mens rea* refers to actual states of mind — to actual, not constructive, intention, knowledge and foresight. Under the Draft, then, guilt turns on the accused's actual state of mind. Of course his actual state of mind can be inferred from the surrounding facts — would any ordinary reasonable person have foreseen this consequence and can we therefore infer that the accused also foresaw it? This is a question for the trier of fact.

The words "that he might do so" indicate an area between certainty and mere possibility. The risk must be evaluated in

each case with regard to all the circumstances. This too is a question for the trier of fact.

Draft paragraph 3(*d*) is clearly incompatible as it stands with the case law on criminal negligence and manslaughter. In criminal negligence courts adopt an objective approach to recklessness and define it in terms of deviation from the standard of the reasonable man (*Leblanc v. The Queen*,[12] *Arthurs v. The Queen*,[13] *R. v. Coyne*[14]). In manslaughter it is settled law that an accused who causes death by means of an unlawful act is guilty even though not conscious of the risk of death (*Smithers v. R.*).[15] For this reason section 3 will be reviewed in depth when the Commission's work on these offences is complete.

"*Purposes*"

Many crimes are so defined as to require some specific intent on the part of the accused. The definitions use words like "with intent to", "for the purpose of" and so on. These offences are governed by Draft paragraph 3(*e*).

In such offences "purpose" and "consequence" may intersect: the result aimed at may or may not come to fruition and a consequence may or may not be on purpose. Where the definition of the offence requires there be a purposive result, both rules apply — both the rule as to purposes and the rule as to consequences.

The term "purpose" replaces the more usual word "intent" because of the difficulties surrounding this concept. Those difficulties stem from the blurring of the distinction in the case law between intention and recklessness. When intention is to be clearly differentiated from recklessness, lawyers employ the term "specific intent". By contrast, "general intent" seems little different from recklessness and foresight of consequences. As a result much time may need to be devoted in the courts, especially in cases of intoxication, to trying to determine whether an offence is one of general or specific intent. To obviate such difficulties the Draft substitutes the

common-sense term "purpose", which can refer either to the accused's ultimate objective or to an intermediate objective constituting a means adopted by him to achieve that ultimate objective (*R. v. Buzzanga and Durocher*).[16]

General Note on Terminology

Under the Draft, it will be noted, the rules concerning *mens rea*, usually explained in terms of "intention" and "recklessness", are here expressed without explicit mention of either of these concepts. "Intention", as explained above and for the reasons given there, has been replaced by "purpose". "Recklessness" has been omitted as unnecessary.

Given the rules in Draft paragraph 3(*d*) concerning consequences and knowledge and in Draft subsection 9(5) (p. 75), wilful blindness, no special rule regarding recklessness is needed. Where an offence is defined in terms of a consequence, e.g. causing death, to bring about that consequence through recklessness is to engage in conduct which one knows may have that consequence — this falls directly under paragraph 3(*d*). Where an offence is defined in terms of an act, e.g. importing counterfeit money, to do it recklessly is to behave with reckless disregard of the possibility that there may be circumstances rendering that act criminal, i.e. with wilful blindness. But Draft subsection 9(5) provides that mistake or ignorance of fact is no defence when due to wilful blindness. Hence no special provision is required under Draft section 3.

Finally there are some general offences, like assault, which may apparently be committed recklessly, e.g. an accused lashes out dangerously, swings a club and hits a bystander in circumstances where it was almost impossible to avoid hitting someone. Clearly this kind of case cannot be covered by the rule on wilful blindness, for the problem has nothing to do with knowledge or ignorance of the circumstances. Nor at first sight does it fit happily under the rule on consequences, for, in contrast to homicides, assaults seem to roll together acts,

circumstances and consequences into one unifying action, and certainly such offences are not defined explicitly in terms of consequences. In fact, however, what happens in such a case is that the offender disregards the risk of harm involved in his behaviour — he acts although he knows his act may bring about this consequence. For this reason, to cover such a case, Draft paragraph 3(*d*) refers to consequences specified or implied in the definitions of offences. This makes the subsection wide enough to cover this type of case.

III

Defences

Basically a defence is any answer which defeats a criminal charge. Some of these, e.g. alibi, operate to defeat it by denying one important element, e.g. the link between the offence and the accused. Others, e.g. *autrefois acquit*, defeat the charge by raising procedural bars to the proceedings. Yet others, e.g. duress, defeat the charge by adducing circumstances which exonerate the accused. Defences in the first category, being simple denials of charges, are built into the definitions of offences and operate without any special mention by the law. Defences in the second category owe their existence to countervailing principles recognized by law, and should find their place within procedural chapters. It is defences in the third category, exonerations, which concern us here.

One difficulty concerning such defences is that they have to do with motive. Acts done under duress, out of necessity or in self-defence are acts done for particular motives. Yet motives, it is said traditionally, are irrelevant in criminal law: it is sufficient for criminal liability to have acted knowingly, intentionally and so on, regardless of one's motive.[17]

This at best is a misleading generalization. Motive can be relevant. It can be relevant to an offence itself if that offence by definition requires the absence of good motive, e.g. lawful or reasonable excuse. It can be relevant to a defence, e.g. the special defences of provocation in murder or of good faith in sedition, and the general defences of duress, necessity and self-defence. Here criminal law itself may pick out certain motives

as sufficient for exoneration and allow an accused who acted knowingly, etc. to defend himself by reference to one of them.

Traditionally, the common law divided such defences into justifications and excuses, as can be seen from early law concerning justifiable and excusable homicide. The draft retains this division, but adds another category — exemptions.

Exemptions operate to remove a person from the criminal process. This removal may be based on grounds of expediency or grounds of principle. On grounds of expediency the law exempts foreign diplomats and gives them immunity. On grounds of principle it exempts infants and mentally disordered persons on the footing that their abnormality (lack of capacity to behave as responsible persons) makes them unfit to be subject to the criminal law. Only this latter type of exemption falls within the criminal liability chapter.

Excuses operate to exonerate from liability. As such they qualify criminal prohibitions by reference to principles concerning what cannot fairly be demanded of the ordinary person. For example, people held up at gun-point cannot be treated as though capable of exercising complete free choice. Excuses, then, negate culpability for wrongful acts.

Justifications by contrast render right and lawful, acts which would otherwise be criminal. A person acting under a justification, therefore, cannot be convicted since he only did what he was entitled to do. Thus, someone acting in the interest of law enforcement (e.g. effecting lawful arrest) commits no crime. To say, then, that someone is justified is to say that what he did was right. In common law it means in general that his act incurs no criminal liability.

A. EXEMPTIONS

Two exemptions have proved natural candidates for inclusion in any system of criminal law. One relates to children. The other relates to mentally disordered people.

1. Immaturity

Very young children who have not yet learned the difference between right and wrong cannot be fairly blamed for what they do because they lack the necessary maturity to appreciate the requirements of morality and law. Accordingly some special rule is needed to exempt from criminal liability those below the age of maturity.

Exactly when they will attain that age varies from child to child. To avoid a separate investigation in each case, however, we require some general rule. Such a rule was at hand in the traditional Christian teaching that the age of reason, as it was called, was attained at seven. This became the age adopted by the common law, which held accordingly that children under seven could incur no criminal liability.

This however, did not completely solve the problem. On the one hand some children under seven know full well the difference between right and wrong. On the other, some children over seven do not. In addition, some children may know the difference between right and wrong but be less able to resist temptation than can adults.

The Common Law

For this the common-law solution was as follows. In the interest of simplicity and efficiency, it exempted all children alike who were under seven, but in the interest of fairness, it also exempted children between seven and fourteen unless there was evidence that they knew that what they were doing was seriously wrong.[18]

Our Present Law

Based on common law, our present law rules on this topic are contained in *Cr.C.* ss. 12 and 13. Section 12 exempts a child under seven from criminal liability absolutely. Section 13

exempts a child between seven and fourteen conditionally: he is exempt unless he was "competent to know the nature and consequences of his conduct and to appreciate that it was wrong".

Problems with Our Present Law

Our present law presents at this point three problems: (1) what should be the minimum age of criminal responsibility, (2) what should the legal criterion be for such responsibility and, finally (3) where should the rules be found, in the *Criminal Code*, or in the *Juvenile Delinquents Act*?

(1) The Minimum Age of Criminal Responsibility

It is universally agreed that the current minimum age of seven years for criminal responsibility is too low and should be raised. There is no universal agreement however on what the new minimum age should be. Ten? Twelve? Fourteen? The question has been officially put in issue for many years and now awaits Parliamentary decision.

In terms of policy, the age of twelve seems to have attracted a wider support both in terms of research conducted and the number of persons consulted by the various agencies involved in the revision of the *Juvenile Delinquents Act*. The Draft therefore sets the minimum age at twelve.

(2) The Criterion of Responsibility

This second problem is of a more conceptual nature. Under present law a child between seven and fourteen can be convicted if he was competent (a) to know the nature and consequences of his conduct and (b) to appreciate that it was wrong. The raising of the minimum age from seven to twelve years, puts in question the need for this rule. Alternative (1) would abolish it and leave the determination of the mental competence of any person over twelve to the rule governing

mental disorder. Alternative (2) retains a special test for determining the conditions of criminal responsibility regarding children over twelve but under fourteen years of age. While present law provides a purely cognitive test, it is arguable that children under fourteen who know what they are doing and know that it is wrong may still be unable to resist temptation to the same degree as adults. For this reason, the test put forward here is not only cognitive but also conative. On this the Commission, having as yet reached no firm conclusion, would welcome responsive commentaries.

(3) The Location of the Rules

The third question raises a point of principle. Although the *Juvenile Delinquents Act* sets out rules governing the criminal liability of children under sixteen, seventeen or eighteen years of age, as the case may be, in each Province, the *Criminal Code* should include basic rules of criminal liability of children for the following reasons. The *Juvenile Delinquents Act* is a particular statute concerning the criminal law, the general rules of criminal law have application to such a statute, and these general rules should be found in the General Part of the *Criminal Code*.

DRAFT LEGISLATION

Immaturity
Alternative (1)

4. Every one under 12 years of age is exempt from criminal liability for his conduct.

Immaturity
Alternative (2)

4. (1) Every one under 12 years of age is exempt from criminal liability for his conduct.

(2) Every one over 12 and under 14 years of age is exempt from criminal liability for his conduct unless he appreciates the nature, consequences and moral wrongfulness of such conduct and has substantial capacity to conform to the requirements of the law.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

For reasons given above, the Draft raises the age of criminal liability to twelve. In this regard the two alternatives on this defence are identical. They differ as regards the liability of children between twelve and fourteen.

Draft section 4, then, replaces *Cr.C.* s. 12. The title given to the section, i.e. "Immaturity", is meant to bring out the principle underlying this defence. The words "act or omission" are replaced by the more comprehensive term "conduct".

Alternative (1)

This alternative abolishes the presumption contained in *Cr.C.* s. 13. Under that section a child over seven and under fourteen incurs no liability unless he is shown to be competent to know the nature and consequences of his conduct and to appreciate that it was wrong. That presumption is abolished on the ground that a child over twelve and under fourteen is unlikely to lack that competence unless he suffers from such disease or defect of the mind as would bring him under the mental disorder rule. On this view no special rule on the lines of that contained in *Cr.C.* s. 13 would be needed.

Alternative (2)

This alternative is the counterpart of *Cr.C.* s. 13. It makes special provision for children older than the age of twelve who have not attained fourteen years of age. The test which it provides, however, differs in two respects from that provided by *Cr.C.* s. 13. First, it allows exemption for the child's inability to appreciate the moral wrongfulness of his or her act. This is in line with case law on section 13: *R. v. B.C.*[19] Second, it allows exemption for inability to conform to the requirement of the law. This is done in order to harmonize this immaturity defence with the second alternative of mental disorder (see Draft section 5), to base both defences on the same moral principles, and to align the law with modern thinking which regards such principles as relating not only to the incapable person's understanding but also to his ability to control his behaviour. This is more fully discussed under Draft section 5.

2. Mental Disorder

Those suffering from mental illness, no less than children, pose an obvious problem for the criminal law. On the one hand, morality and law have always regarded people not in their right mind as not responsible for their actions and not in fairness blamable for them. On the other hand, protection of the public interest demands that where such lack of responsibility results in danger to others, such people should not be left at large.

The common-law solution has been as follows. Such persons were exempt from criminal liability, conviction and punishment. They were not, however, exempt from the intervention of the law, but on the contrary were liable to be confined "during Her Majesty's pleasure", i.e. until the relevant authorities were satisfied that the mentally-ill offenders were sufficiently recovered to be released. In short, the common law recognized a special defence and a special verdict of insanity.

Whether the law should recognize insanity as a special defence has frequently been questioned. First, it is contended, there is no real difference between the sane and the insane, since all behaviour is a response to environment and terms like "normal" and "abnormal" are mere value-laden labels for behaviour regarded as appropriate and inappropriate in the circumstances.[20] Second, even if there were a real difference between the sane and the insane, an important and necessary part of therapy for mental illness consists in holding those suffering from it responsible for their actions. Third, to replace a verdict of "guilty" and a prison sentence by a verdict of "not guilty by reason of insanity" and custody during the pleasure of the Lieutenant Governor is at best self-contradiction and at worst hypocrisy.

There are, however, several counter-arguments. First, the insanity defence is rooted in tradition, authority and experience. Second, it has been universally accepted in Western countries. Third, whatever the position adopted by the law, psychiatry will still bring forward evidence with which the courts will have to deal. Fourth, and most important, the defence of insanity rests on the fundamental moral view that insane persons are not responsible for their actions and are not therefore fit subjects for punishment.

In our view a sufficiently strong case has not as yet been made for rejecting the notion of an insanity defence.

The Common Law

The common law on this matter was formulated in the M'Naghten Rules.[21] These rules laid down the test for qualifying an accused as not guilty by reason of insanity. First, such a person had to be suffering, at the time he committed the offence, from a disease of the mind. Second, he must as a result have been labouring under a defect of reason. Third, he must in consequence have not known the nature and quality of his act or else have not known that it was wrong. This test,

often referred to as the "right and wrong" test, became the basis of Canadian law.

Our Present Law

Our present law on this matter is contained in *Cr.C.* s. 16. This section provides four things. It provides (1) that no one shall be convicted for something he did while insane; (2) that a person is insane for this purpose if "he is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders him incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong"; (3) that a person suffering from specific delusions but otherwise sane shall not be acquitted unless the imagined state of affairs would have justified or excused his conduct; and (4) that everyone shall be presumed sane until the contrary is proved.

Problems with Our Present Law

Based on the rules formulated nearly a hundred and fifty years ago, our present law poses several problems. These relate to the shifting role of *Cr.C.* s. 16, to the issue of irresistible impulse and to questions of terminology.

(1) Shifting Role of *Cr.C.* s. 16

Originally *Cr.C.* s. 16 was judicially construed as a comprehensive statement of the law on criminal insanity. Unless an accused's mental disorder came within that section, it was — apart from the rare situation of infanticide[22] — irrelevant to liability.[23] No question could arise as to diminished responsibility.

Recently, however, courts changed their view, and came to recognize that diminished responsibility, though not in itself a defence, might serve to negative *mens rea*. In the context of capital murder, on the issue whether the killing was planned

and deliberate, they have allowed diminished responsibility to reduce capital to non-capital murder.[24] In cases of murder, generally, both capital and non-capital, they have, despite Supreme Court of Canada assertions that diminished responsibility forms no part of our law,[25] allowed it to negative intent to kill and so to reduce murder to manslaughter.[26] More recently they have allowed it to operate to negative any specific intent required by the definition of an offence.[27] In this way a defence once thought to be clearly excluded by section 16 has now crept in by virtue of the case law.

(2) Irresistible Impulse

Originally it was quite clear that a defence of insanity could not be based on irresistible impulse.[28] The M'Naghten Rules required the accused to suffer from a defect of reason so as not to know the nature of his act or not to know that it was wrong. Likewise, section 16 requires him to be incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that it is wrong. Clearly the test adopted was a 19th-century "intellectual" criterion relating to impairment of the accused's understanding and leaving no room for impairment of his will.

Over the years, however, it was realized that the mind cannot be compartmentalized in such simplistic fashion. For this reason specific provision for impairment of will was made in the case of infanticide.[29] For this reason too some jurisdictions recognized a defence of diminished responsibility.[30] Meanwhile in Canada, according to the case law, irresistible impulse, while in itself no defence, may be symptomatic of disease of mind which impairs understanding and brings the accused under section 16.[31]

Clearly, then, due to change in interpretation, section 16 no longer means exactly what it says. Strictly it extends only to defects of understanding. By case law it has come at times to cover defects of will.

The matter of defect of will, however, is no easy one for criminal law. In theory there is general agreement that the

definition of mental disorder should address itself to the whole human personality. In practice, though, there may be problems, and a large body of informed opinion is opposed to catering to impaired volition. One reason for such opposition is the risk that psychopaths may be too easily acquitted. Another is the fear that psychiatric evidence may gain undue weight and confuse the jury. Yet another is the feeling that the present interpretation of section 16, which does not wholly exclude the situation of the psychopath, is as far as the law should go.

On this, before presenting our final view, we need further considered responses. Accordingly, we put forward alternative models for consideration.

(3) Questions of Terminology

Various terms used in *Cr.C.* s. 16 are problematical. These are "natural imbecility", "disease of mind", "wrong" and "delusion".

(a) Natural imbecility

Section 16 restricts the insanity defence to cases of "natural imbecility" or "disease of the mind". Neither of these terms, however, may cover cases of mental malfunction due to mental retardation.[32] Though these cases may in fact rarely proceed beyond the "fitness to plead" stage, fairness suggests that they too should be given the benefit of the insanity exemption. This could be done by substituting for "natural imbecility" the words "defect of the mind".

(b) Disease of mind

"Disease of mind" is not a medical but a legal term. As such it caused no problem before comparatively recent developments relating to the defence of automatism.

Automatism was already known as a defence at the time of *M'Naghten* but concerned only certain quite clear cases such as somnambulism.[33] In recent years, however, with medical knowledge growing more sophisticated, automatism has

been pleaded in less obvious situations. It has been raised for instance in cases of brain tumours,[34] arteriosclerosis[35] and epilepsy.[36]

Accordingly the need arose to distinguish more clearly between automatism and insanity. The notion of sane automatism is that of some condition which is accidental and so not a continual source of danger. The notion of insane automatism due to disease of mind is that of a condition resulting from some factor inherent in the accused, likely to recur and liable therefore to cause danger.

This led to a re-interpretation of "disease of mind". Traditionally it had been thought that criminal insanity was a subspecies of medical insanity and that "disease of mind" meant medical insanity. In the English case of *R. v. Kemp*[37] however, that term was extended to cover any disease, mental or physical, affecting the mind.

In our view this was a useful and necessary development. Though it may run counter to ordinary language to categorize as insane a person suffering from epilepsy or arteriosclerosis, the wide definition of "disease of mind" can be supported on several grounds. First, it enables a clear line to be drawn between sane and insane automatism. Second, it entails that defendants suffering from insane automatism fall under insanity and become subject to investigation and, as far as necessary, detention. Third, it emphasizes that in law the question of insanity is ultimately one not for doctors and psychiatrists but for judges and juries.

"Disease of mind", then, is the term used in the Draft, which leaves it undefined. It does so for two reasons. First, the term is now well known, completely explained in the case law and thoroughly understood by the profession.[38] Second, the impossibility of foreseeing all the developments and future directions of scientific expertise on this topic cautions against putting the concept in a strait-jacket but rather suggests a need for adaptation through the cases.

(c) Wrong

Neither *Cr.C.* s. 16 nor *M'Naghten* specify what is meant by "wrong". Recently, however, in both England and Canada the term has been decided to mean legally wrong.[39] Accordingly, a mentally disordered person unable to understand that murder is morally wrong but aware that it is forbidden by the *Criminal Code* may not avail himself of the insanity defence.

One argument for this interpretation of "wrong" as "legally wrong" is as follows. A test framed in terms of knowing that an act is morally wrong is only workable as long as there are clear notions of right and wrong agreed upon by all. Without such general agreement, however, which cannot necessarily be taken for granted today in Canada, as witness the division of opinion over abortion, such a test may land us in a quicksand of subjectivity where a defendant could plead that according to his morality his act was right. This quicksand can be avoided by a more objective test based on knowing that an act is "legally wrong".

As against this, however, there are the following arguments. First, common-law tradition, it seems, saw "wrong" as meaning "morally wrong" and contrary interpretations are of recent vintage.[40] Second, the term "wrong" in the analogous rule about children — that children between seven and fourteen cannot be convicted unless they appreciate that their conduct was wrong — has generally been taken to refer to moral wrongfulness. Third, while it may be undesirable to acquit someone aware that his act was illegal but reckoning it justifiable on his own view of morality, it would be equally undesirable to acquit someone aware that his act was morally wrong but unaware, due to disease of mind, that it was illegal.

Finally, and most important, the key point to remember is that in such situations the accused suffers from disease of mind. This being so, to inquire how far he knew the law makes little sense. What matters are his motives and his overall perception of the permissibility of his action. "The question for the jury is whether mental illness so obstructed the thought processes of the accused as to make him incapable of knowing

that his acts were morally wrong. The argument is sometimes advanced that a moral test favours the amoral offender and that the most favoured will be he who had rid himself of all moral compunction. This argument overlooks the factor of disease of the mind. If, as a result of disease of the mind, the offender has lost completely the ability to make moral distinctions and acts under an insane delusion, it can well be said that he should not be criminally accountable".[41]

This question, however, generates passionate debate. The Supreme Court of Canada itself was divided five to four in *Schwartz*.[42] In order, therefore, to get further clarification, we present alternative drafting on this issue.

(d) Delusion

The traditional rule on such delusions, as formulated by the *Code*, is that a person suffering from specific delusions cannot be acquitted on the ground of insanity "unless the delusions caused him to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused his act or omission".[43] This rule has been much criticized and rarely applied.[44] Medical opinion rejects the idea of partial insanity and legal scholarship stresses the injustice and illogicality of applying to the mentally abnormal a rule requiring normal reactions within their abnormality: a paranoiac killing his persecutor will be acquitted only if the imagined persecution would have justified the killing by way of self-defence — the law requires him to be sane in his insanity. For this reason it is suggested that the rule on insane delusion should be abandoned.

(e) Note on burden of proof

Present subsection 16(4) states that "Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane": this is based on the M'Naghten Rules, and has been recognized as an exception to the reasonable doubt doctrine.[45] When an accused raises the issue of insanity at the time of the offence, he must rebut the presumption of sanity by proving by a preponderance of evidence that he was insane.[46] Thus the

accused bears not only an evidentiary burden but also a persuasive burden regarding the issue of insanity.

This runs counter to the basic principle of criminal law on burden of proof. According to that principle the prosecution must prove beyond reasonable doubt that the accused is guilty by proving that the accused did the prohibited act and disprove any defence raised by the evidence. Here, by contrast, the prosecution must prove beyond reasonable doubt only that the accused did the prohibited act, while the accused, who raises insanity, must establish that defence on a balance of probability. With the recognition of automatism as a defence, however, courts faced situations where the prosecution raised the issue of insanity in answer to a plea of automatism.[47] In allowing that practice they imposed the same standard of proof on the prosecution. Thus insanity is no longer a simple matter of defence. It has become an issue of public interest which can be raised by all parties involved in the case and even by the Court itself.[48]

This in itself, however, does not justify the shifting of the persuasive burden. The evidential burden could be placed on the party raising the issue and the benefit of reasonable doubt could still be given to the accused. Given the presumption of sanity, the prosecution could retain the burden, once sufficient evidence of insanity is raised, of disproving insanity beyond reasonable doubt.

The justification for shifting the persuasive burden relates to a different factor. Insanity unlike other defences does not result in a complete acquittal. It results in a special verdict and an order to detain the accused until he is fit to be released.[49] Quite rightly therefore, if the prosecution seeks to detain as mentally disordered, an accused seeking acquittal on the ground of automatism, the prosecution should have the onus of proving mental disorder. Quite rightly also, where the accused is asking to be detained as mentally disordered rather than simply convicted, he too should have the onus of proving mental disorder. In short because what is being sought by either side is a special detention, there must be positive proof from that particular side of mental disorder justifying that detention.

This part of the *Criminal Code* does not in general deal with questions of proof and evidence. In this context, however, since there is a clear exception to the general principle, the draft explicitly incorporates the present position in our law regarding burden of proof.

DRAFT LEGISLATION

Mental disorder
Alternative (1)

5. Every one is exempt from criminal liability for his conduct if it is proved that as a result of disease or defect of the mind he was incapable of appreciating the nature, consequences or unlawfulness of such conduct.

Mental disorder
Alternative (2)

5. Every one is exempt from criminal liability for his conduct if it is proved that as a result of disease or defect of the mind he lacked substantial capacity either to appreciate the nature, consequences or moral wrongfulness of such conduct or to conform to the requirements of the law.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

The Draft alternatives on mental disorder replace *Cr.C.* s. 16. In substance they reproduce subsections 16(1), (2) and (4), replacing subsection (1) by the words "every one is exempt from criminal liability" and replacing subsection (4) by the

words "it is proved". For reasons given above, subsection 16(3) on specific delusions is omitted.

Alternative (1)

This alternative retains the substance of *Cr.C.* subs. 16(2). That subsection focuses on the effect of disease of mind on an accused's capacity to appreciate the nature and quality of his act or omission and to know that it is wrong. This capacity test is reproduced by alternative (1).

The words "nature, consequences", embody case-law interpretation of the words "nature and quality" in *Cr.C.* subs. 16(2): *R. v. Barnier*.[50]

The term "unlawfulness" means "legally wrong". This is in line with case-law interpretation of the word "wrong" in *Cr.C.* subs. 16(2): *Schwartz v. R.*[51]

The words "act or omission" are replaced by the term "conduct". (See note above on Immaturity.) The word "appreciate" is used in the Draft both with regard to the nature and consequences and with regard to the unlawfulness of the accused's conduct. *Cr.C.* subs. 16(2), however, restricts its application to the nature and quality of the act or omission and uses "know" with regard to its wrongfulness. According to recent case law "know" merely requires basic awareness, while "appreciate" involves a further step of analysis, of knowledge or experience: *R. v. Barnier*[52]; "the word 'appreciates', imports a requirement to mere knowledge of the physical quality of the act" and requires a capacity to apprehend the nature of the act and its consequences: *Cooper v. R.*[53] By using the single verb "appreciate" the Draft unifies the test.

Under the Draft, it should be noted, as under present law, irresistible impulse and personality disorders are not covered by the incapacity test. This is because they relate to impairments of will. As mentioned earlier, however, they may be evidence of disease of mind rendering an accused incapable of

appreciating his conduct. This is as true under the Draft as under existing law.

The law's aversion to a defence of irresistible impulse stems from the difficulty of distinguishing impulses which are irresistible from those which are merely unresisted. Sometimes, however, evidence of an unresisted impulse is accompanied by evidence of disease of the mind, and here the law must grasp the nettle and determine blame. This issue, avoided by insistence on cognitive criteria of responsibility, would be squarely faced by a recognition, as in alternative (2), of the moral dimension of criminal guilt.

The same considerations apply, as discussed earlier, to diminished responsibility. Under present law mental disorder can affect criminal liability in two different ways. First, it may warrant a defence of insanity where the conditions of *Cr.C.* subs. 16(2) are met. Second, even without rendering an accused incapable of appreciating, etc. as required by mental disorder, it may still constitute a valid defence to a specific intent offence if it prevents the accused from having that specific intent.[54] This position is retained by alternative (1).

Alternative (2)

This alternative would widen existing law. Under existing law, based as it is on 19th-century "intellectualist" notions of free will, insanity is restricted to impairment of understanding. This alternative, which takes account of modern insights into human behaviour, would extend the defence to impairment of self-control.

This extension can be supported by several reasons. First since the days when the M'Naghten tests were formulated, there has been growing recognition of the fact that mental disorder has not only a cognitive but also a conative aspect. Second, because of this, various jurisdictions have made provision for diminished responsibility (see the *English Homicide Act 1957*, s. 2). Third, there is the analogy with provocation

— why should liability be reduced by provocation but not by diminished responsibility when both consist in impairment of capacity for self-control? Finally, there is the actual practice of our courts: while diminished responsibility has been repeatedly excluded by the Supreme Court of Canada, it has been indirectly recognized by Appeal Courts as being a factor relevant to *mens rea* and distinct from insanity. The Draft's approach, therefore, is in line with modern psychological thought, recent developments elsewhere and actual Canadian court practice.

Present practice in this regard, however, is less than wholly satisfactory. While lack of understanding leads to full acquittal subject to a special verdict and committal under *Cr.C.* s. 16 and s. 542, impaired control at the most leads only to a reduction of the charge. So, a person suffering from impaired understanding may be completely acquitted of a charge of murder, whereas a person suffering from impaired control may at best be acquitted of murder but convicted of manslaughter or some lesser offence on the ground that his impairment only prevented him from having the requisite *mens rea* for the full offence.

Such practice is unsatisfactory in at least two respects. First, it puts less emphasis on the moral grounds for criminal responsibility than on the legal definition of the offence alleged. Second, it means convicting, albeit for lesser crimes, those suffering from mental disorder and needing treatment rather than punishment.

For this reason this alternative brings so-called diminished responsibility under the umbrella of mental disorder. Defendants suffering from impairment of control will be dealt with on the same footing as those suffering from impaired understanding. Instead of being convicted of a lesser offence they will be formally acquitted, subject to a special verdict and committal under *Cr.C.* s. 542.

Under alternative (2), it should be noted, the psychopath (or sociopath) presents no greater and no lesser problem than under present law. Examination of forensic evidence suggests

that psychopaths can roughly be divided into three categories. Those merely lacking feelings of guilt, remorse or concern for others do not receive special treatment either in present law or under this alternative. Those suffering from mental disorder resulting in lack of control may under present law lack *mens rea* as described above, and may under this alternative be acquitted by reason of mental disorder. Those suffering from mental disorder leading to lack of understanding may, under present law and under this alternative, be acquitted by reason of mental disorder.

The addition of the words "substantial capacity to conform to the requirements of the law" has several effects. First, it extends the defence of mental disorder to cases of lack of capacity for self-control. Second, it stresses that the question is ultimately a normative one, to be determined by the jury. Third, it emphasizes that standards set by criminal law are not to be applied to people whose mental abnormality deprives them of understanding or self-control. Finally, it is nevertheless not meant to render irresistible impulse (see above) a defence in itself any more than it is under present law but only to render it a factor to be taken into account as symptomatic of disease of mind impairing capacity to conform to law.

B. EXCUSES

Eight excuses are of such generality as to warrant inclusion in the General Part. These are intoxication, automatism, physical compulsion and impossibility, mistake of fact, mistake of law, duress and necessity.

1. Intoxication

Intoxication is clearly a problem for the criminal law. In this regard it should be noted that though "drunkenness" is the term usually employed by common law, "intoxication" is to

be preferred as being a wider notion, not restricted to alcohol and more in line with current case law.

Intoxication poses a problem in criminal law for several reasons. First, alcohol consumption and to a lesser extent, drug consumption is clearly a prevalent ingredient of much criminal behaviour. Second, it is something about which society is to some degree ambivalent: drinking, and to a much lesser extent drug abuse, is accepted as a social practice but condemned for its consequences. Third, intoxication may diminish an offender's awareness, self-control and culpability while at the same time augmenting his dangerousness and his need for social control.

The Common Law

Common law sought to reconcile these two last factors as follows. It drew a distinction between two kinds of intoxication. One, involuntary intoxication, was drunkenness arising through no fault on the part of the defendant — e.g. he was forced to drink, was tricked into drinking, was unaware that he was drinking alcohol — and this was always a good defence. The other, voluntary intoxication, was self-induced, quite clearly the defendant's fault and therefore there was no defence.[55]

Over the years, however, common law retreated from this strict approach to voluntary intoxication. It did so by making special provision for two exceptional situations. The first was where alcohol consumption produced a condition of insanity so that the defendant suffered from a defect of reason due to disease of the mind.[56] The second was where intoxication deprived the defendant of the purpose or intent required by the definition of the crime with which he was charged.[57]

Today the common law on intoxication — our law on this topic in Canada has not yet been codified — can be summed up in the following propositions: (1) involuntary intoxication is an excuse; (2) voluntary intoxication is in general no excuse; (3) disease of the mind resulting from alcohol consumption is

treated on the same footing as that resulting from any other cause; and (4) failure to form the purpose required to commit an offence, although arising from intoxication, negates criminal liability for that offence.[58]

Problems with the Law

Three problems arise with present law. One relates to the difference between intoxication and mental disorder. Another concerns the nature of involuntary intoxication. A third has to do with the effect of voluntary intoxication in cases of specific intent offences.

(1) Intoxication and Mental Disorder

The rule on disease of mind due to intoxication has often been misunderstood. It has been taken to allow an insanity verdict whenever the defendant's intoxication prevented him from knowing the nature of his act.[59] In *Davis*[60] however, which was relied on in *Beard*[61] the verdict was reached, not on account of intoxication because in fact the accused was not drunk, but on account of his disease of mind resulting from consumption of alcohol. The proposition established by that case was that, whatever its cause, insanity is a defence. In practice, however, since few such cases arise, there is little need to make extensive provision for them. Under the present law and under our proposed Drafts all cases of insanity, however arising, could come only under the insanity provision itself.

(2) Involuntary Intoxication

Involuntary intoxication is a complete defence if it deprives the accused of *mens rea*.[62] Less settled is whether such intoxication is a defence in its own right or is to be seen rather as a species of automatism.[63] This cannot yet be regarded as clear from the case law.

(3) Voluntary Intoxication

Under existing law voluntary intoxication is or is not a defence depending on the circumstances. It may result in an acquittal of a crime of specific intent but a conviction for a lesser crime of general intent.[64] A person charged with robbery must, if lacking through intoxication an intent to steal, be acquitted of robbery but can, though lacking through such intoxication full awareness of what he is doing, be convicted of the lesser offence of assault. For while robbery is a crime of specific intent, assault is one of general intent, and lack of intent due to intoxication is a defence only to a crime of specific intent.[65]

The logic of a rule based on a distinction between general and specific intent is questionable. In the above example the accused's drunkenness may have prevented him from intending either to rob or to assault his victim. Logically, then, it could be argued that there should be either a conviction or an acquittal for both offences.

In principle, however, the rule can be supported. The distinction between general and specific intent just mirrors ordinary common sense. According to our ordinary notions, acts which are morally indifferent can become wrong when done with wrongful purpose, and acts which are already wrong (e.g. assaults) can become still more wrong when done with additional wrongful purpose (e.g. to kill). Similarly the law measures the gravity of a crime partly by reference to the defendant's purpose. In this way it distinguishes lesser offences like assault from graver offences like robbery, i.e. assault with intent to steal.

In practice, though, the rule is open to objection in the context of intoxication. It focuses inquiry not on the defendant's personal fault but rather on the statutory language of the offence charged. It entangles courts in protracted analysis of such language and in inquiry whether specific intent is required explicitly or by implication. Finally, it imputes to a defendant convicted of a general intent offence a state of mind he did not

have. As observed by Dickson J. dissenting in *Leary*,[66] "there seems little reason for retaining in the criminal law — which should be characterized by clarity, simplicity and certainty — a concept as difficult of comprehension and application as 'specific intention' ".

These objections notwithstanding, the present rule attempts to serve the public interest in protection from harm. Whatever the defendant's intent, no one who allows himself to be a source of danger to others should be let off scot-free. Accordingly, as observed by Lord Salmon in *Majewski*[67] the "benevolent part of the rule [acquitting of specific intent crimes] removes undue harshness without imperilling safety and the stricter part of the rule [conviction of general intent crimes] works without imperilling justice".

One solution to this conflict between logic and justice would be to follow existing law: subordinate logic to public safety and allow intoxication to excuse in crimes of specific intent but not in those of general intent. Alternatively the law could provide that in any offences intoxicated offenders should be acquitted if they lack the requisite intent, whether specific or general, and instead should be convicted of that for which they are really to blame — getting so intoxicated as to be dangerous to others. This alternative, which in Dickson J.'s words would avoid "the adoption of a legal fiction which cuts across fundamental criminal law precepts and has the effect of making law both uncertain and inconstant",[68] would involve creating a new offence of criminal intoxication. And this new scheme could apply to real crimes only or it could apply across the board.

In order to obtain the assistance of considered commentaries, we put forward two alternatives. First, the law could be left as it is, in which case the offences in the Special Part would need to be defined more tightly to make clear when a specific intent is and is not required. Second, the defence could apply to all offences subject to liability for the new included offence of criminal intoxication in the case of voluntary intoxication.

DRAFT LEGISLATION

Intoxication

Alternative (1)

6. (1) Every one is excused from criminal liability for an offence committed by reason of intoxication by alcohol or other drugs, unless such intoxication was self-induced.

(2) Where the intoxication is self-induced no one shall be excused from criminal liability for an offence unless such an offence requires a purpose on his part and he [proves that] he lacked such purpose.

Intoxication

Alternative (2)

6. (1) Unless otherwise provided, every one is excused from criminal liability by reason of intoxication by alcohol or other drugs.

(2) Every one excused under subsection (1) of this section shall be convicted of Criminal Intoxication under Part . . . of this *Code* unless he proves that his intoxication was due to fraud, duress, physical compulsion or reasonable mistake.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

Alternative (1)

This alternative codifies the present law. Subsection (1) renders involuntary intoxication an excuse for any offence

committed by reason thereof. Subsection (2) makes self-induced intoxication no defence except for offences requiring a specific purpose where by reason of his intoxication an accused lacks such purpose. So, where the offence charged requires a specific purpose but an included offence requires no such specific purpose, an accused may be not criminally liable for the former but liable for the latter. Under this alternative, therefore, as under present law, the extent to which self-induced intoxication is a defence depends primarily not on the degree or extent of the intoxication but on the nature of the offence.

Alternative (2)

This alternative makes intoxication a complete defence regardless of the nature of the offence. No distinction is drawn between voluntary and involuntary intoxication, both of which result in an acquittal. Voluntary intoxication, however, may result in a conviction for the new offence of Criminal Intoxication. The words "unless otherwise provided" are added to provide for offences (including the new offence of Criminal Intoxication) where intoxication is an element of the offence.

Intoxication, it should be noted, may arise in connection with other defences, viz. mental disorder, automatism and mistake. Where intoxication results in disease of the mind, the accused is under mental disorder (Draft section 5). Where, however, it results in unconscious or involuntary behaviour, automatism (Draft section 7) will not apply because disturbances of mind due to intoxication are explicitly excluded from that defence. Where it leads to a mistake of fact, that defence (Draft section 9) may apply but the accused may be charged, if the intoxication is self-induced, with Criminal Intoxication.

The words "offence committed by reason of intoxication" are used in order to avoid the old distinctions between general and specific intent. The link between the offence and intoxication being purely causal, as soon as an accused explains that the crime resulted from his being intoxicated, he can avail himself of the defence but by the same token may be liable to conviction for Criminal Intoxication.

The Included Offence of Criminal Intoxication in Alternative (2)

It is proposed to include among inchoate offences a new offence of Criminal Intoxication similar to that proposed in 1975 in England by the *Committee on Mentally Abnormal Offenders* (Cmnd-6244). This new offence would be defined as follows:

> Any one committing what would, but for his intoxication, constitute an offence is guilty of Criminal Intoxication unless he proves that his impairment was due to fraud, duress, physical compulsion or reasonable mistake.

This proposed offence would cover intoxicated persons who under present law would be acquitted of "specific intent" crimes but convicted of "general intent" crimes. They would be acquitted of any offence committed by reason of intoxication but would be guilty of the new offence of Criminal Intoxication unless they could show that their intoxication was involuntary.

To show this, an accused would have to show that he was tricked into ingesting the alcohol, was forced to do so or was reasonably mistaken as to the nature of the drink or as to its likely effect. So, for example, he could escape conviction by proving that he drank vodka by mistake for water or that he had no reason to foresee that, combined with the medication prescribed by his doctor, it would intoxicate him. Whether this could be reasonably foreseen would depend on the circumstances — did his doctor warn him, had he had some similar previous experience, is it now common knowledge that alcohol and this medicament do not go well together?

What if an accused argues as follows: "I have drunk one litre of whisky every Saturday night for years without it having any effect on me. Last Saturday, however, it made me so drunk that I killed a man. But I had no reason to foresee that it would do this to me. I made a reasonable mistake." Should such a person be acquitted? Would he be acquitted under this alternative?

First, should he be acquitted? The instant reaction is surely: "No". Every one knows that that amount of alcohol can intoxicate, that people should not rely unduly on previous lucky experience and that those who drink must do so at their peril. On the other hand, suppose that it was not a litre of whisky but a small glass of wine which the accused takes every Saturday and which on the night in question results in intoxication. Here the instant reaction is surely: "Yes, he should be acquitted". Though every one knows alcohol intoxicates, common experience is that one small glass of wine will do no harm and no one can fairly be expected to foresee the unexpected. The only reasonable answer to the question, therefore, is: "It depends on the circumstances".

Next, would he be acquitted of Criminal Intoxication under alternative (2)? Not necessarily. This would depend on whether his mistake as to the effect of the one litre was reasonable. This would have to be determined on the evidence. Part of that evidence of course is the teaching of common experience that the greater the quantity of alcohol imbibed, the greater the risk of intoxication. This being so, in such a case an accused would have a difficult job establishing that his mistake was reasonable.

In strict logic perhaps the offence of Criminal Intoxication should consist in allowing oneself to become so intoxicated as to be likely to commit an offence. But the requirement that an accused should actually commit what would otherwise be an offence is based on three reasons. First, as a matter of evidence it would often be difficult to assess such a likelihood, whereas actual commission can constitute conclusive evidence of it. Second, in the interest of economy of resources it is useful to restrict prosecution to cases where intoxication results in an offence. Third, in the interest of civil liberties it may be desirable to limit prosecution to cases where the accused causes actual harm.

Finally, it should be noted, Criminal Intoxication would be an included offence. (This will be dealt with later in a separate

paper on evidence and procedure.) So, given evidence of intoxication, three verdicts are possible: guilty; not guilty; or not guilty, but guilty of Criminal Intoxication. Thus, in a case of causing bodily harm with intent to wound, contrary to *Cr.C.* s. 228, the judge would have to direct the jury as follows: (1) if they have no reasonable doubt that the accused committed the offence and was not seriously affected by intoxication, they must convict of the offence charged; (2) if they are not sure beyond reasonable doubt that he committed the offence, they must acquit; and (3) if they are sure beyond reasonable doubt that he caused that harm but are not sure beyond reasonable doubt that he was not seriously affected by self-induced intoxication, they must acquit of the offence charged and convict of Criminal Intoxication.

The provisions in subsections (1) and (2) of alternative (2), it should be noted, would not be restricted to *Criminal Code* offences but would apply across the board. The reason here is twofold, despite the possible inappropriateness of convicting of a real crime a person charged with a regulatory offence. First, to restrict the scheme of alternative (2) to *Code* offences would still leave the courts with the logical difficulties concerning the distinction between "general intent" and "specific intent" offences when it comes to regulatory offences. Second, in practice intoxication will rarely be raised in the context of such offences.

2. Automatism

The term "automatism" comes from the word "automaton" which denotes a body acting without a directing mind. In principle a body so acting is not fit for criminal responsibility since it cannot help what it does. This condition of automatism has been defined in terms of unconsciousness, involuntariness or a combination of the two.[89]

The difficulty faced by law in this regard is that of defining automatism with sufficient narrowness. For it must be carefully distinguished from three other situations: mental disorder,

intoxication and mere loss of temper. While automatism leads to an acquittal, none of the above situations should necessarily do so. Unconscious behaviour resulting from mental disorder is, as argued earlier, symptomatic of a dangerous condition and should obviously be governed by the insanity defence. Unconscious conduct resulting from voluntary intoxication is the accused's own fault and should clearly fall under the rules relating to intoxication. And unconscious or involuntary acts resulting from mere loss of temper should not be free from liability since tempers must be kept.[70] On the other hand, unconscious actions due to such accidental causes as blows on the head are rightly recognized as fit subjects for an automatism rule calling for a full acquittal.[71]

The Common Law

For these reasons common law allowed only a restricted defence of automatism. At present, the defence serves to exclude from criminal liability two kinds of occurrence. One consists of twitches, spasms and other reflexes, which for the most part, because of sensible exercise of prosecutorial discretion, never come before the courts. The other consists of acts committed in some state of clouded consciousness for which the accused is not to blame.

The defence of automatism, however, is restricted in four ways. First, it does not cover insane automatism — involuntary behaviour resulting from disease of the mind falls to be dealt with under the insanity provisions.[72] Second, it does not cover automatism due to voluntary intoxication — this likewise falls under the more appropriate rubric of intoxication.[73] Third, it does not cover involuntary behaviour resulting from the accused's own fault or negligence — where the accused deliberately or negligently allows himself to get into a condition of automatism (e.g. he knows his condition and fails to take his prescribed medication).[74]

The fourth restriction relates to loss of temper. Understandable though it might be to lose one's self-control and fly

into a rage, our law has never recognized it as a basis for a real defence.[75] At most it has by way of concession allowed loss of temper as a mitigating factor to be taken into account under the rubric of provocation in sentencing. Even in murder, where it seems to constitute a true defence, the law allows it only to reduce to manslaughter what would otherwise incur a fixed penalty.[76] In short, as far as liability is concerned, common law here disregards the defendant's personal equation and insists that he keep his temper.

Problems with Common Law

Three main problems arise with present law. They concern the definition of automatism, its relation to insanity and its connection with blameworthiness.

(1) Definition

The main problem with the common law in this regard — and here as yet our law in Canada has not been codified — is one of definition. Automatism being a relatively recent addition to common-law defences, the law has proceeded chiefly on a case-by-case basis allowing the defence in certain circumstances but rejecting it in others. The law has not yet arrived at a more general rule to make clear which kinds of circumstances do and do not justify a defence of automatism.

(2) Automatism and Insanity

The second problem relates to the line between insanity and automatism. Common sense would allot involuntary acts arising from mental disease to insanity and those from other causes, e.g. physical disease, to automatism. Case law however, has extended "disease of mind" in the insanity rule to cover such physical diseases as arteriosclerosis and has narrowed automatism to involuntariness due to external causes, e.g. concussion. This raises two further problems. First, does "disease of mind" also extend to epilepsy and somnambulism? Second, could the insanity defence be available to an accused

who, because of "disease of mind", acts without volition but with knowledge of what he does?

As indicated above, we have not reached a firm conclusion as to whether automatism should be statutorily defined. If it were so defined, then one solution to the first question would be to restrict automatism to cases arising from external factors and to leave all other cases to fall under insanity. This solution would have the merit that cases of epileptic and similar automatism would render the defendant liable to investigation followed by detention if his condition were to be assessed as dangerous.

Meanwhile, the solution to the second question depends on the formulation of the insanity rule. If this rule were extended to cover cases of inability to conform with the requirements of the law, then it could apply to defendants who, by reason of insanity, act without volition but with awareness. If it were not so extended, it should not in principle apply to such defendants. It may well be, however, that as some medical evidence suggests, the mind is not so compartmentalized, that insane loss of self-control is always accompanied by loss of awareness and therefore that defendants of the type mentioned form a non-existent class.

(3) Automatism and Blameworthiness

Clearly the principle behind allowing a defence of automatism is that an accused cannot be blamed for things which are not his fault. Involuntary behaviour is typically not the actor's fault. Involuntary behaviour, however, due to self-induced intoxication, negligence (e.g. the diabetic who delays taking his insulin) or loss of temper can be said to be his fault. Here the defence should obviously be excluded, and to this end the Draft specifically excludes involuntary conduct arising from such causes as intoxication and provocation and restricts automatism to accidental or unforeseeable disturbances of mind. At the same time whether automatism due to psychological trauma

should be allowed (e.g. loss of control due to seeing one's family annihilated), is a matter on which we have reached no final conclusion.

DRAFT LEGISLATION

Automatism

7. (1) Every one is excused from criminal liability for unconscious conduct due to temporary and unforeseeable disturbance of the mind resulting from external factors sufficient to affect an ordinary person similarly.

(2) This section does not apply to conduct due to mental disorder, intoxication or provocation.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

Draft section 7 follows the approach of present law. It defines automatism in terms of conduct rather than of psychological condition. In so defining it, subsection (1) restricts it to unconscious conduct resulting from external factors. Subsection (2) excludes from the application of the defence conduct resulting from mental disorder, intoxication and provocation.

The words "unconscious conduct" codify the present law. Behaviour which at first sight looks voluntary but which on further inspection turns out to be involuntary is excluded from criminal liability. "Non-acts" of course, like twitches and spasms, are not conduct at all and are therefore excluded from criminal liability. Acts which are not "non-acts" in that sense, but are done without consciousness, come under this subsection.

The words "due to temporary and unforeseeable disturbance of the mind resulting from external factors" are used in order to distinguish automatism from mental disorder. In fact

mental disorder and automatism relate to two quite different types of defendants. The first consists of those whose abnormal conduct results from some pathological impairment rendering them potential sources of danger. These fall under the mental disorder rule in Draft section 5 and would be dealt with by a special verdict and committal under provisions similar to those of *Cr.C.* s. 542. The second type consists of those whose abnormal conduct results from some accidental occurrence, e.g. concussion, temporarily impairing their faculties but not rendering them dangerous in the long term. These fall under the rule relating to automatism.

The Draft differentiates between those two types in three ways. First, by using "disease of the mind" in Draft section 5 it impliedly allots the first type of case to mental disorder and the second type to automatism. Second, by defining automatism in terms of "temporary disturbance resulting from external factors" it expressly restricts automatism to cases of the second type. Third, in subsection 7(2), it expressly excludes cases of mental disorder from automatism.

This leaves the problem of persons whose minds are temporarily disturbed by physical, i.e. non-mental, diseases, e.g. arteriosclerosis. Logic militates against allotting them to the mental disorder category, as is done by present case law. Policy, however, supports the case law, for though the disease in question may not be medically speaking a mental one, the sufferer is still a potential source of danger, so that outright acquittal would be unwise. By using the term "disease of the mind" in Draft section 5 and "mental disorder" in subsection 7(2) the Draft in this regard retains the present law.

The term "unforeseeable" is used to restrict the defence to cases where the accused is free of fault. If he could have foreseen the disturbance of mind, he is not free from fault and cannot avail himself of the defence of automatism. A diabetic in a state of automatism would be at fault if that automatism resulted from his failure to take the insulin prescribed. A motorist driving dangerously in a state of automatism would be at fault if that automatism resulted from voluntary consumption of alcohol and drugs which was foreseeably likely to produce

such a state. "The necessary fault is to be found in the consumption of alcohol and drugs under circumstances in which he knew or ought to have known that his ability might be impaired" — per Martin J.A. in *R. v. McDowell*.[77]

The words "external factors" build on the distinction drawn by the case law between sane and insane automatism. To be within the defence of automatism the unconscious conduct must result from some external cause. If it results from some internal factor, it is excluded from automatism and resides, if anywhere, under mental disorder.

A clear case of sane automatism arises where unconscious acts result from a concussion. Here the requirement in subsection (2) of an external factor is met squarely. Less clear are cases where acute emotional stress, fugues, fits and so on are caused by a combination of an external situation (e.g. a love disappointment) and a psychological weakness peculiar to the accused. Here the further requirement that the external factor be sufficient similarly to affect an ordinary person excludes such cases on the ground that normal individuals must be required to live up to the general standards of the criminal law, while abnormal individuals should be dealt with in the context of mental disorder.

3. Physical Compulsion and Impossibility

Physical compulsion and impossibility are analogous to automatism. Automatism relates to conduct which is not consciously directed by the mind, as defined in Draft section 7. It relates to "mental" involuntariness, e.g. acts done by unconscious persons. Compulsion and impossibility relate to physical conduct which cannot be consciously avoided, or "bodily" involuntariness, e.g. acts done by means of a physically overpowered person.

Accordingly, these concepts raise a problem similar to that discussed in the previous section. Principle dictates that no one be punished either for acts or omissions which may be unavoid-

able. Policy militates against acquittals for acts or omissions which may be avoidable. The problem, then, is one of drawing the line between the two.

The Common Law

Common law, which on this topic has not yet been codified in Canada, recognizes the principle involved but guards against opening the door to spurious excuses. It recognizes that if one person physically overbears another by superior force and compels him to commit some forbidden act, guilt is to be imputed to the former not the latter — in doctrinal terms there is no *actus reus* in the latter for there is no *actus*.[78] It also recognizes that people are not to be expected to do the impossible — in the words of the maxim, *lex non cogit ad impossibilia*.[79] In both cases the person subject to compulsion or impossibility has a good defence.

No such defence, however, applies in either of the following situations: (1) It does not apply in cases falling short of compulsion or impossibility where the act required is not impossible but merely very inconvenient or undesirable.[80] (2) Nor does it apply where the defendant is responsible for his own predicament.[81]

Problems with Present Law

In our view present law presents no problems, works well and is appropriate for codification.

DRAFT LEGISLATION

Physical compulsion and impossibility

8. Every one is excused from criminal liability for acts due to physical compulsion or omissions due to physical impossibility.

As discussed above, this excuse refers to situations where the person has no choice at all — a factor emphasized by the word "physical". It would apply to all offences, whether requiring *mens rea* or not. "Compulsion" in the Draft section applies to acts, "impossibility" to omissions.

4. Mistake or Ignorance of Fact

Logically the main problem here is whether there is any need to provide a separate defence of mistake of fact. Strictly speaking such a provision might seem unnecessary since mistake of fact entails a lack of that knowledge which is required for *mens rea*. Mistake of fact seems nothing more than an absence of something which the prosecution has to prove.

In most cases the prosecution will have little difficulty. The natural inference from a person's conduct will be that he has full knowledge of the relevant circumstances. The natural inference, for example, from being found with heroin in one's pocket is that one knows the nature of the substance carried.

Occasionally this inference may be misleading. It may be in the above example that the possessor is mistaken as to the substance — he may think that it is powdered milk. This will not come to light, however, unless there is evidence of his mistake. Normally in such cases, the accused has the evidentiary burden of answering the prosecution's *prima facie* case against him. To do this, he may raise a plea of mistake of fact which the prosecution must then disprove. For this reason mistake of fact has been traditionally regarded as a defence.

The Common Law

Common law, which on this topic is not yet codified in Canada, arguably required mistake of fact to be honest, reason-

able and innocent.[82] An honest mistake is one actually made by the accused — his actual state of mind was the crucial factor and liability was subjective. A reasonable mistake is one which would be made by a reasonable person in the accused's position — here liability was objective and measured by the standard of the reasonable man. An innocent mistake is one which leads the accused to believe that he is not committing a wrongful act.

In Canada the position is as follows. In the case of serious crimes the defendant's mistake must be honest but does not need to be reasonable, for reasonableness is merely a factor relevant to the assessment of that honesty. The test is subjective and the crucial factor is the defendant's actual state of mind. Unless he actually knew the circumstances he has a good defence: *Beaver v. R.*[83] In the case of other offences the mistake must be both honest and reasonable. Here then the test is partly objective.[84] In both cases, however, the mistake must also be innocent.

Problems with Present Law

One problem with present law centres around the meaning of the term "innocent". At common law it is unclear how far liability is excluded by a mistake leading an accused to think he is doing a non-criminal act. In particular it is unclear how far it is excluded if he realizes that his non-criminal conduct is nevertheless a tort or an immoral act. On this our view is that a person who is nevertheless labouring under a mistake of fact should not be guilty of the criminal offence charged merely because he knows or suspects that he is contravening civil law or ordinary morality. In short, "innocent" should mean "such that on the facts as he supposed them he was committing no offence".

A further problem concerns the effect of non-innocent mistake. The problem arises where the mistake leads an accused to think he is committing an offence different in gravity or type from the offence charged. Where the "imagined"

offence is of lesser gravity than that charged but not an included offence (e.g. *X* is charged with selling LSD but thinks he is selling mescaline, a lesser offence), he may be found guilty of the offence charged although strictly speaking he lacks *mens rea* for it.[85] But where the imagined offence is totally different from that charged (e.g. *Y* is charged with possession of narcotics but thinks he possesses counterfeit bills), he must on principle either be convicted of an offence for which he totally lacks *mens rea* or else be acquitted despite his guilty state of mind. Conviction here would be supported by the majority in *Kundeus* but rejected by the dissent of Chief Justice Laskin who said: "I am unable to agree that where *mens rea* is an element of an offence . . . it can be satisfied by proof of its existence in relation to another offence unless, of course, the situation involves an included offence . . ."[86] In both these situations case law has departed from the principle that no one should be convicted of an offence unless he has the *mens rea* required for that offence. It has done so for reasons of policy and out of "regret on the part of a court to free a person who appears to be guilty of an offence with which he has not been charged".[87]

In our view principle and logic can be reconciled. This can be done by a two-step provision. First, the law could provide that where the mistake leads an accused to lack the required knowledge or intent for the crime charged, he shall be acquitted of that crime. Second, it could provide that where he believes he is committing some other offence, he shall be convicted of an attempt to commit that other offence. This would avoid both the injustice of letting go scot-free an accused who meant to commit a crime and the illogicality of convicting him of a crime for which he lacked the requisite *mens rea*.

In certain serious offences, though, e.g. illegal importation of narcotics, such a provision might prove counter-productive. In regard to such offences, triers of fact, though normally prepared to reject false defences, may tend to seize on them as a means of avoiding convicting defendants of crimes carrying severe minimum penalties, may convict such defendants of "lesser attempt" offences by way of compromise and may thereby encourage them to advance such false defences as a

matter of course. Whether this is so and whether special provision may prove necessary to prevent it, is obviously a matter for prediction on the evidence now available. On this important question in which logic may well conflict with practicality, the Commission invites commentary.

DRAFT LEGISLATION

Mistake or ignorance of fact

General rule

9. (1) Subject to the provisions of this section every one charged with an offence is excused from criminal liability for that offence if acting under such mistake or ignorance of fact that on the facts as he perceived them his conduct would not have constituted that offence or he would have had a justification, excuse or other defence allowed by law.

Alternative offences —

Offence under same section

(2) Where on the facts as he perceived them, an accused would have committed an offence created by the same section as the offence charged, he shall be convicted of the offence charged.

Included offence

(3) Where on the facts as he perceived them, an accused would have committed not the offence charged but an included offence, he shall be excused from criminal liability for the offence charged and convicted of that included offence.

Offence under different section

(4) Where on the facts as he perceived them, an accused would have committed an offence which, not being an included offence, is created by a section other than that of the offence charged, he shall be excused from criminal liability for the offence charged and convicted of an attempt to commit that other offence.

Wilful blindness

(5) Where an accused suspects that certain facts exist but abstains from ascertaining them, any resulting mistake or ignorance of fact is no excuse.

Requirement of reasonableness in non-*Code* offences

(6) Unless otherwise provided, in respect of offences other than those in the *Criminal Code*, mistake or ignorance of fact is no excuse unless the accused proves that he was labouring under such mistake or ignorance and that he took reasonable care to avoid it.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

Draft subsection 9(1) builds on the basic case-law doctrine on this subject. This is that an accused must be judged on the facts as he perceived them. If on those facts no offence would have been committed, he must be acquitted, for he has a defence of mistake of fact. Likewise, if on those facts he would have had a defence, he must be acquitted. This is so in general even though that mistake arose from negligence, provided it was genuine.

The terms "mistake" and "ignorance" are left undefined. The difference between them is that a mistake of fact consists in thinking that the facts are other than they actually are while ignorance of fact consists in simply not knowing the facts. Mistake is a positive and ignorance a negative state of mind. In effect, though, there is no real difference: in both cases the accused does not know the true state of things.

At present the law is not totally clear on how far a person properly charged with an offence is criminally liable for it if in fact he thought he was committing some other offence. Section 9 clarifies the position as follows. Under subsection 9(2) if on the facts as he perceived them the accused was committing an offence different from that charged but created by the same section, he can be convicted of the offence charged. So, an accused who is charged with possession of cocaine contrary to

given genuine ignorance, it may be arguable that it is time that the offender learned.

The Common Law

The common-law rule is that, in general, ignorance of law is no excuse.[91] This rule, however, is subject to three qualifications. First, it does not extend to ignorance of private law concerning private rights especially where such ignorance gives ground to claims of right made in good faith. So, where an accused takes another's property believing, on account of a mistake as to the relevant property law, that he is entitled to it, he is not deprived of a defence to a theft charge merely because his mistake is one of law.[92] Second, the general rule does not in principle extend to apparent mistakes of law which are in reality mistakes of fact. So, a person accused of bigamy has a good defence if he believes that his wife by his former marriage was under age and therefore that that marriage was invalid.[93] Third, non-publication of a statute may render ignorance of law a good defence.[94]

Present Law in Canada

The common-law rule that ignorance of law is no excuse is codified by section 19 of our *Criminal Code*. At the same time our law in Canada accepts the qualifications mentioned above. Mistakes regarding private rights, mistakes which are in reality mistakes of fact and mistakes arising from non-publication of secondary or subordinate legislation all give rise to a good defence.

Problems with Present Law

In our opinion no injustice is involved in convicting an accused for violating ordinary prohibitions of criminal law despite his ignorance of the law in question. As mentioned

above, such prohibitions serve to underwrite society's basic moral principles. In essence, if not in precise legal detail, these prohibitions are known to every ordinary citizen, and the individual is ignorant of them at his peril.

Problems arise, however, over three matters. One is the meaning of the term "law" in the rule concerning ignorance of law. Another is the extent of the exception relating to non-publication. Yet another is the exclusion of reliance in good faith on authority as a defence.

(1) The Meaning of "Law"

This is a question which so far has not been fully determined. Two propositions are clear. First, mistake concerning the law governing the offence charged is no defence, whether that law is in the *Criminal Code* or in some other statute or regulation.[95] Second, mistake as to private law (contract, property, family rights, etc.) is a defence if private law is relevant, by virtue of the requisite *mens rea*, to the offence charged.[96]

Less certain is the application of the rule to certain other kinds of law. Some criminal offences are defined by reference to duties imposed by provincial statutes, e.g. on doctors, nurses and motorists,[97] or by municipal by-laws, e.g. regarding fire precautions.[98] Does ignorance of the imposition of such duties give rise to a defence? Likewise, some criminal offences are open to a defence of "lawful excuse" specifically allowed by statute.[99] Where an accused's conduct constitutes a tort or other civil wrong, does ignorance of the relevant tort law prevent him raising this defence?

On this two views can be advanced. The traditional view is that a mistake as to such law comprises a mistake of law and so is no defence.[100]

Another view adopted recently, however, is that on a charge under the *Criminal Code*, mistake or ignorance concerning a provincial statute is to be treated as mistake of fact and is therefore a defence. In *R. v. Prue and Baril*[101] the Supreme

Court of Canada decided by a majority that, on a charge of driving while disqualified contrary to *Cr.C.* s. 238, the accused's ignorance of the automatic suspension of his licence by provincial law was a mistake of fact and so a good defence. The *mens rea* required by that *Criminal Code* offence, the Court held, was negatived by ignorance of the provincial law in question.

Arguments can be raised to support both views. In favour of the *Prue* approach there is the following argument: crimes consist of culpable wrongdoing; committing them means breaking laws which, by virtue of their moral content, the offender knows or ought to know; and so ignorance of other laws, i.e. non-criminal law, should be a good defence. Against that view there is the following argument: any laws, federal or provincial, imposing public duties (e.g. on motorists as a class) are laws the citizen can be required to know; breaking them is culpable wrongdoing, and so mistake or ignorance of such laws should be no defence to any criminal charge to which they are relevant. This is the view adopted by the Draft.

(2) Non-Publication

Ignorance of law may qualify as a defence where the defendant's conduct has been made illegal by secondary, or subordinate, legislation and such legislation cannot be located by the defendant.[102] *Regulations Act*[103] section 6 states that no one shall be convicted of an offence consisting of a contravention of a regulation not yet published in the *Canada Gazette* unless two conditions are fulfilled: (1) the regulation has been exempted from this requirement by the Governor General in Council or by the regulation itself, and (2) it is proved that at the date of the contravention reasonable steps had been taken to bring the regulation to the notice of the public or the accused.

A great deal of legislation similar to that contained in regulations may be found also in statutes. As to statutes the *Interpretation Act* provides that an Act comes into force at the

date of Royal Assent or Proclamation or at such other date as the Act provides.[104] Yet given the multiplicity of statutes creating mere regulatory offences, no individual can be expected to be aware of all their provisions prior to publication. In our view, therefore, justice demands an extension of the "non-publication" defence to statutes as well as regulations.

(3) Reliance on Authority

Occasionally ignorance of law may take a different form. The defendant's unawareness of the illegality of his conduct may arise, not from his ignorance of the existence of the relevant law, but rather from mistake as to its meaning. On this the common-law position is that the law bears the meaning given it by the courts and not that attributed to it by the citizen — courts, not citizens, are the final interpreters of legislation.

This rule, however, can sometimes work injustice because courts may differ in interpreting the law. Two courts of equal jurisdiction may take opposite views or an appeal court may overrule a lower court's interpretation. So, a defendant may well think his conduct legitimate because of the meaning already given to the law by a court but may later find that meaning rejected in his case by a different court. Such a defendant should not in our opinion be penalized for failure to "second guess" judicial decisions.[105]

A special problem arises regarding areas of law, like tax laws, laws on weights and measures, etc., which are basically non-criminal law but which create offences. Such laws are regularly explained to citizens by those responsible for the administration of those laws. The commonest guide, then, to the scope and meaning of such laws becomes official pronouncements, rulings and directives. So, where reliance in good faith is placed on such authority, it clearly is unfair to penalize the citizen for failing to predict eventual court interpretation.[106]

DRAFT LEGISLATION

Mistake or ignorance of law

General rule

10. (1) Subject to the provisions of this section no one is excused from criminal liability by mistake or ignorance of law.

Restriction concerning private rights

(2) Every one charged with an offence is excused from criminal liability for that offence by mistake or ignorance of law concerning private rights where knowledge of such rights is relevant to that offence.

Restriction concerning non-publication, etc.

(3) Every one is excused from criminal liability by reasonable mistake or ignorance of law resulting from

(*a*) non-publication of such law,

(*b*) reliance on judicial authority, and

(*c*) except for offences governed wholly by the *Criminal Code*, reliance on administrative authority.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

Draft section 10 retains the general rule of *Cr.C.* s. 19 that ignorance of law is no excuse subject to the two qualifications that unavoidable ignorance of law due to non-publication or concerning private rights is a defence. The section adds two other exceptions. Subsection 10(3) allows a defence (1) where the mistake is made in reliance on judicial authority and (2) where, in the case of non-*Code* offences, it is made in reliance on administrative authority.

Here, as with mistake or ignorance of fact, the terms "mistake" and "ignorance" are left undefined.

In this context the word "law" poses a problem. This stems partly from the difficulty of distinguishing between law and fact and partly from the difficulty of determining what type of law will fall within the rule.

The distinction between mistake of law and mistake of fact is in essence quite straightforward. A mistake of law arises from ignorance or misunderstanding of a rule laid down by legislation or case law. A mistake of fact arises from ignorance, misperception or misjudgment of some state of affairs other than the existence, scope or meaning of a rule of law.

Present law allows two exceptions to the rule that ignorance of law is no excuse. First, ignorance or mistake of private law may result in a claim of right such as to defeat *mens rea* on a charge of theft, fraud or other related offences, and here such ignorance or mistake of law can be a defence. Second, ignorance of law may qualify as a defence where the defendant's conduct has been made illegal by secondary, or subordinate, legislation and such legislation cannot be located by the defendant: *R. v. MacLean*.[107]

Draft subsection 10(2) retains the first exception by specifying that mistake or ignorance concerning claims of right shall be treated in the same way as mistake or ignorance of fact. Under this subsection a mistake as to private rights will be a defence to the extent that it fulfils the requirement of Draft section 9.

Draft paragraph 10(3)(*a*) retains and extends the second exception. It provides that an exception shall be made for reasonable mistake or ignorance of law resulting from non-publication. This is already the law with regard to offences created by regulations. The subsection would extend the rule to all offences.

Draft paragraph 10(3)(*b*) adds a third exception. It provides that even though an accused's act is judicially held to be illegal,

reasonable ignorance of its illegality will be a defence if based on a prior court decision to that effect. This is only logical and fair. The rule concerning ignorance of law finds its ultimate justification in the fact that courts, not citizens, must be the final interpreters of the law. At the same time, a citizen reasonably relying on such interpretation in a judicial precedent should not be jeopardized by a subsequent interpretation to the contrary in his own case. Cases of actual reliance on the part of an accused will admittedly be rare in practice but still raise an important point of principle for a legal system aiming at consistency and fairness.

Draft paragraph 10(3)(*c*) adds a fourth exception. It provides that except for offences governed wholly by the *Criminal Code*, reasonable mistake or ignorance of law made in reliance on administrative authority should be a defence. This too is only logical and fair. Though administrators, like other citizens, are bound to follow judicial interpretation, yet reliance on the guidance provided by their own application of the rules should not be prejudiced by a later change in such application.

6. Duress

Duress poses a conflict between principle and expedience. On principle a person acting under extreme pressure cannot in fairness be expected to conform to the law's requirements — in the words of the maxim, necessity knows no law. At the same time expedience requires that no individual, whatever the pressures, be allowed to set himself above the law — as has been said, no one can be permitted to be wiser than the law.

The Common Law

The common-law defence of duress is in fact a specific application of the doctrine of necessity. According to that doctrine necessity sets aside the law because it would be harsh

and unrealistic for laws framed for those in ordinary situations to be imposed on persons facing instant overwhelming danger. Harsh because of the extraordinary circumstances; unrealistic, because of the natural instinct for self-preservation — the natural tendency to allow the more immediate peril to outweigh the more distant sanction of the law.

Necessity, however, is a concept which may generate confusion. First, it must be distinguished from compulsion and automatism. The distinction concerns choice. Persons acting under physical compulsion or automatism have no choice at all — under physical compulsion they are overpowered by superior force, under automatism by unconsciousness. By contrast, persons acting out of necessity have a choice but one extremely limited and difficult to exercise — the alternative may be exposure to extreme danger.

Second, it must be noted that necessity in fact refers to different types of situations — to duress, self-defence and other justifications, and, for lack of a better word, necessity in a narrower sense. A person acting under duress is threatened by another with harm unless he complies with that other's command. A person acting in self-defence is wrongfully attacked by another and therefore repels force by force. A person acting out of necessity in the narrower sense seeks to avoid harm or danger arising from a situation other than the two just mentioned. In all three situations, however, the person responds to extreme pressure.

Despite this fact duress, self-defence and necessity were traditionally distinguished by the common law because the extreme pressure in question arises from different sources. In self-defence the source is an aggression, repelling which serves to promote a value supported by law. In duress, it is a threat, the avoidance of which involves harm to an innocent third party or contravention of the law, and therefore does not promote a value supported by law. In necessity the source is neither an aggression nor a threat but rather some emergency forcing a choice between two evils.

Each situation, covered by common law, is also covered specifically by the Draft. We begin with duress. At common law this is a well-recognized defence.[108] It was subject, however, to three limitations. First, the defendant had to be in immediate fear of danger. Second, the danger had to consist of death or serious bodily harm. Third, the defence of duress was not available to one accused of murder as a principal.

Our Present Law

Our present law on this topic is contained partly in section 17 of our *Criminal Code*[109] and partly in the common law.[110] Section 17 allows a defence of duress to one committing an offence under threat of immediate death or bodily harm, provided that the following conditions are fulfilled:

(1) the person threatening is present when the offence is committed;

(2) the defendant believes that the threats will be carried out;

(3) he is not a party to a conspiracy or association which made him subject to the compulsion; and

(4) the offence committed is not one of the listed offences detailed in section 17 (high treason, treason, murder, piracy, attempted murder, assisting in rape, forcible abduction, robbery, causing bodily harm or arson).

Section 17, however, applies only to those actually committing offences and not to parties. By virtue of *Cr.C.* subs. 7(3), which preserves common-law defences, parties may avail themselves of the common-law defence of duress. So, while a person committing murder has by virtue of section 17 no defence of duress, a party to murder has a defence at common law.[111]

Problems with Present Law

Adequate though it is in principle, our law on duress is in detail open to several criticisms. First, *Cr.C.* s. 17 is less than

fully comprehensive: as mentioned above, the rule concerning parties is still governed by common law and differs from the law concerning those actually committing offences. Second, section 17 excludes the defence from very serious crimes by enumerating specific offences without articulating any underlying principle or rationale. Third, the denial of the defence to parties to conspiracies is arguably unnecessary and unjustifiable. Unnecessary if the harm threatened is not immediate since then no defence of duress arises. Unjustifiable if it is immediate since in that case no one can fairly be expected to remain unaffected by such threats. Finally, the requirement that the person threatening must be present has caused problems of interpretation. But this requirement is hardly necessary given that the threats must be threats of immediate harm.[112]

In our view a solution to these problems would be to replace the existing law by one comprehensive section laying down a general rule which would apply both to persons who commit offences and to parties to them. Such a rule would require the defendant's conduct to be a reasonable response to threats of serious and immediate harm and would exclude duress from cases where his conduct manifestly endangers life or bodily integrity.

DRAFT LEGISLATION

Duress

11. Every one is excused from criminal liability for an offence committed by way of reasonable response to threats of serious and immediate bodily harm to himself or those under his protection unless his conduct manifestly endangers life or seriously violates bodily integrity.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

The law has been specially cautious with duress in three respects. First, the defence has been excluded by *Cr. C.* s. 17 from offences such as murder, causing bodily harm, arson and assisting in rape. Second, it is excluded if the accused is a party to a conspiracy or association whereby he is subject to compulsion. Third, the defence is available only if the threats are of immediate death or grievous bodily harm by a person who is present when the offence is committed.

Draft section 11 is equally restrictive in two respects. It limits the offences to which duress can apply, and it limits the kind of threats on which the defence can be based.

By using the words "unless his conduct manifestly endangers life or seriously violates bodily integrity", Draft section 11 retains the principle embodied in *Cr.C.* s. 17 that threats, however serious, should not be complied with at the cost of the life or bodily integrity of others. This principle, however, is formulated in the Draft by reference not to offences but to conduct. Instead of fixing, like *Cr.C.* s. 17, on the legal definition of the offence charged by the prosecution, Draft section 11 fastens on the accused's actual reaction to the threats. So, while on a charge of robbery, *Cr.C.* s. 17 excludes duress completely, Draft section 11 allows the trier of fact to decide the question of duress by examining the accused's actual conduct and by determining whether the robbery in fact involved danger to life or bodily integrity or "violence" which was at most technical (e.g. the employment of an imitation weapon). In this way section 11 replaces an *ad hoc* enumeration of offences by a rule of general application.

"Danger to life or bodily integrity" is self-explanatory. "Danger to life" serves to exclude duress from murder and causing bodily harm. "Danger to bodily integrity" excludes it from forcible abduction and robbery with actual violence.

Whether duress is excluded as a defence to piracy or arson depends on the actual circumstances. If *B* threatens to shoot *A*

on the spot unless he sets fire to a building which *A* knows is empty, the duress is a defence to arson or any other charge relating to that conduct. But if *A* knows that the building is likely to be occupied, he has no defence of duress to any such charge.

Whether duress is a defence to treason likewise depends on the actual circumstances. Here, however, the notion of physical danger may be inadequate in view of the seriousness of even those types of treason which involve no violence. If for this reason duress should be excluded from treason, it should be excluded specifically in the provisions governing that offence.

The words "reasonable response to threats of serious and immediate bodily harm" relate not only to the accused's own conduct but also to the nature of the threats. The principle is that to ground a defence of duress there must be threats to which a reasonable man would yield. This principle is expressed in *Cr.C.* s. 17 by the words "threats of immediate death or grievous bodily harm from a person who is present", "if he believes that the threats will be carried out" and "if he is not a party to a conspiracy or association whereby he is subject to compulsion".

Draft section 11 retains this principle in substance by requiring the threatened harm to be immediate, serious and physical. Such harm would include killing, so that the word "death" becomes unnecessary. Likewise, to be immediate, the harm must be threatened by a person actually or constructively present, so that the words "from a person who is present" also become unnecessary. In addition, to be under duress the accused must have been reasonably responding to such threats, so that the words "if he believes . . ." also become unnecessary. Under section 11 there would be no defence unless it were reasonable for the accused to think himself faced with threats of immediate and serious bodily harm and to react to them as he did.

An accused may react to such threats in several different ways. He may resist, seek help, escape from, or yield to the

can be fairly required to resist or committed with the intention of promoting values accepted by the law itself. Most legal systems, then, will provide specific rules concerning duress on the one hand and self-defence, defence of property and advancement of law on the other. The question is whether alongside these specific rules there is need for a more general residual rule to cover other cases where the defendant acts to further the values promoted by the law. In short, should there be a catch-all necessity provision?

To focus on this question we suggest a hypothetical example. *X* is driving *Y*, a passenger in his car. *Y* has a sudden massive heart attack. *X*, therefore, drives *Y* to the nearest hospital for urgent treatment. Wishing to get there with all possible dispatch, he exceeds the speed limit. On the face of it *X* thereby breaks the law.

To such a case the law could take four possible approaches. It could convict *X*, take no note of the extenuating circumstances and impose a full penalty. No one would favour this approach. It would be unfair to *X*, who was only doing what any good citizen would do in such a situation, it would be counter-productive in that it would discourage conduct which should be allowed if not in fact encouraged, and it would bring the criminal law into disrepute.

Alternatively the law could convict *X* and leave it to the judge to take account of the extenuating circumstances in sentencing. This would allow flexibility — the courts could deal with such situations on a case-by-case basis instead of by following a rigid rule. But there are three objections. First, an element of unfairness would remain — *X* would still be held guilty when morally he is not to blame but rather to be commended. Second, the law would be speaking with two different voices — convicting *X* and then letting him off. Third, and most serious, leaving it to the judicial discretion could undermine the rule of law, for though the infinite variety of circumstances makes sentencing discretion necessary, yet matters of principle should be dealt with by law and not discretion — could we be sure that all courts would show good sense and treat like cases alike?

Thirdly, the law could leave it to prosecutorial discretion. Though this may be what happens in practice, since prosecutors are sensible and refrain from prosecuting people in *X*'s position, it too is open to objections. The law would speak with different voices — there would be a divergence between the law in the *Code* and the law in practice. The rule of law would be undermined and citizens like *X* would have to rely simply on prosecutorial good sense. Finally, no jurisprudence on the issue would be developed.

Fourthly, the law could explicitly provide a defence of necessity. It could do so on a section-by-section basis for specific instances or it could do so by a general rule. Since a section-by-section approach would be too detailed and complicated, a general rule is preferable if it can be devised and based on some clear rationale.

The rationale of necessity, however, is clear. Essentially it involves two factors. One is the avoidance of greater harm or the pursuit of some greater good, the other is the difficulty of compliance with law in emergencies. From these two factors emerge two different but related principles. The first is a utilitarian principle to the effect that, within certain limits, it is justifiable in an emergency to break the letter of the law if breaking the law will avoid a greater harm than obeying it. The second is a humanitarian principle to the effect that, again within limits, it is excusable in an emergency to break the law if compliance would impose an intolerable burden on the accused.

The utilitarian principle operates as follows. As a general principle good must be maximized and evil minimized. As a corollary, if non-compliance with law avoids greater harm than compliance, then non-compliance must be preferred. Indeed, insofar as laws are designed to maximize good and minimize evil, non-compliance with the letter of the law may turn out actually to be compliance with its spirit. So, a disqualified driver who, when no other transport is available, drives a heart attack victim to hospital breaks a law designed to protect human life and safety, but breaks it to save human life more

immediately and so promotes the very value promoted by the law in general and by that law in particular.

The humanitarian principle is that laws designed for ordinary individuals should not ask of them more than can fairly be asked of people of ordinary courage, strength and fortitude. As a corollary it should not require such individuals when faced with overwhelming pressures to comply with laws framed for normal situations devoid of peril. So, a shipwrecked sailor clutching a plank large enough for only one should not be expected to acquiesce and passively allow another to climb on his only hope of safety but should be conceded the privilege of repelling the invader even though this may cost the latter's life. Refusal by the law to make such a concession would be unfair, unrealistic and inconsistent: unfair because it would conflict unduly with the natural instinct of self-preservation, unrealistic because it would be futile to counter the immediate peril with the remoter risk of later legal sanction, and inconsistent because the law already makes this concession, albeit with limits, in duress and self-defence and should not withhold it in equally compelling circumstances.

The Common Law

Common law, which on this topic has not been codified in Canada, recognized a defence of necessity. Admittedly suggestions have been made to the effect that there is no general defence of necessity in common law, but this is contrary to the conventional wisdom.[116] In Canada, however, if there be a defence of necessity, impliedly imported through *Cr.C.* subs. 7(3), it has been accorded scant judicial recognition as a general defence.[117]

Our Present Law

Our present law on necessity has two aspects. As a general defence, necessity could be said to be implicitly accepted

insofar as recognized by common law. As a specific defence to a particular offence, it is explicitly allowed by several sections. These include *Cr.C.* subs. 221(2) which allows the killing of an unborn child in the act of birth to save the mother's life, *Cr.C.* s. 198 which dispenses with the standard of reasonable skill and care in surgical operations and other dangerous acts in cases of necessity, and some sections under which necessity can be pleaded under the guise of lawful or reasonable excuse (e.g. *Cr.C.* subs. 235(2) — failing, without reasonable excuse, to supply a sample of breath to a police officer on demand).[118]

Problems with Present Law

Traditionally courts have been reluctant to acquit defendants on the ground of necessity. In *U.S. v. Holmes*[119] necessity was rejected as a defence to manslaughter. In *R. v. Dudley and Stephens*[120] it was rejected as a defence to murder. In *Morgentaler v. R.*,[121] it was only dubiously recognized in theory, and rejected on the evidence.

This reluctance can be justified on grounds of principle, of policy and of practice. In principle necessity is inconsistent with the basic notion of the criminal law. Necessity gives precedence to private judgment, allows personal assessment of conflicting evils and licenses individual choice between opposing values, while criminal law imposes public standards, sets objective requirements and stresses that value conflicts are to be resolved by Parliament or by the courts. As Dickson J., for the majority of the Court observed in *Morgentaler*, "no system of law can recognize any principle which would entitle a person to violate the law because on his view the law conflicted with some higher social value."[122]

In terms of policy necessity is a dangerous doctrine. For one thing it allows an individual, as judge in his own cause, to put his own before another's good; for another, it opens the door to all manner of self-serving pleas — as Glanville Williams observes, it is invoked equally by despots and by rebels.[123]

Finally, in terms of practice necessity presents difficulties. On the one hand no one can foresee, and so specifically provide for, the infinite variety of circumstances which might give rise to necessity; on the other hand on some situations there is less than absolute consensus — not all approve, for instance, the decisions in *Holmes* [124] and *Dudley and Stephens*. [125]

In our view these problems could be solved by the provision of a clear but carefully restricted defence of necessity. Such a defence could be restricted to acts done for the avoidance of immediate harm to persons and property where the harm to be avoided substantially outweighs the harm resulting from the defendant's own act and where it cannot be avoided by any lesser means. The detailed application of these restrictions could be left to judicial development on a case-by-case basis.

DRAFT LEGISLATION

Necessity

12. Every one is excused from criminal liability for an offence committed out of necessity arising from circumstances other than unlawful threat or attack provided

(*a*) that he acted to avoid immediate harm to persons or property,

(*b*) that such harm substantially outweighed the harm resulting from that offence, and

(*c*) that such harm could not effectively have been avoided by any lesser means.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

While recognizing necessity as a defence, Draft section 12 restricts its application in four ways. First it distinguishes

necessity from duress and self-defence by excluding from necessity situations arising from unlawful threat, in which case the relevant defence will be duress, and from unlawful attack, in which case it will be self-defence. Second, section 12 limits necessity to cases of emergency where the defendant acts to avoid immediate harm. Third, it stipulates that the harm to be avoided must be greater than that caused by the defendant. Fourth, it requires that the accused must have no other effective method of avoiding the harm in question. How far the situation falls within these restrictions would be a question to be determined on the evidence by the triers of fact.

The word "immediate" signifies that the defence of necessity only arises in cases of emergency. Without such emergency time is available for alternative and lawful action.

The words "to persons or property" are inserted to exclude harm of a political, economic or social nature and to close the door to claims to know better than society and its elected lawmakers.

The term "substantially" is added to signify that the question for the court or jury is one of mixed fact and value rather than one of law, and one to be determined not according to fine calculation but by reference to basic common sense.

This proviso in principle rules out necessity in "life for life" cases such as *Dudley*. In such cases the death of one (the accused) does not on principle outweigh that of another (the victim) because the harm avoided does not objectively outweigh that of the offence. This, however, would not preclude prosecutors, courts, juries and cabinets from exercising their discretion and making concessions in appropriate cases on the basis that, in extreme emergency, loss of the accused's own life may well have seemed to him to outweigh the loss of someone else's. The use of such discretion, although derogating from the rule of law, seems to be the most appropriate way of dealing with the most difficult of such rare cases.

The term "any lesser means" rules out necessity where the harm could have been avoided by some less drastic action or by some less illegal action by the defendant.

C. JUSTIFICATIONS

Three justifications are obvious candidates for inclusion in the criminal law. These are self-defence, defence of property and advancement of justice. The principle here is one of consistency: whatever is authorized by law must also be justified and any force needed to do it must be justified as well — otherwise the law speaks with two voices. The present Draft concerns

(1) self-defence,

(2) defence of property, and

(3) advancement of justice (including lawful arrest, execution of process, etc.).

Arguably there should be added to these a more general section authorizing the use of force. Such a section could spell out all the most frequent situations where at common law such use of force was recognized as justifiable. These include lawful arrest, prevention of serious crimes and suppression of riots and other breaches of the peace. Such a provision has not been included here in the Draft. Instead these matters have been dealt with under Draft subsection 16(2) on Law Enforcement.

1. Self-Defence

With self-defence the problem is one of drawing the appropriate line. On the one hand no one can be expected to submit to unlawful attacks, wait for subsequent redress in the courts and meanwhile give up those rights to which the law entitles him. On the other hand aggression must not be allowed to be met by a disproportionate response nor must the right of self-defence be permitted to serve as a cloak for unlawful aggression.

The Common Law

At common law this problem was resolved by the development of a rule allowing persons unlawfully attacked to defend themselves by such force as is reasonable and necessary. There was also a doctrine of retreat, according to which the person attacked could not respond with deadly force unless he had first retreated as far as possible.[126]

Our Present Law

Our present law on self-defence is contained in sections 34-37 and subsection 215(4) of the *Criminal Code*. Section 34 rules out, subject to certain exceptions, force intended to cause death or bodily harm. Section 35 restricts the degree of force permitted in self-defence to one who is himself an aggressor. Section 36 defines the term "provocation" in this context. Section 37 states the general rule that unlawful force can be repelled by force which is necessary and proportionate in the circumstances. Finally, subsection 215(4) restricts the right of self-defence against illegal arrest.

Problems with Present Law

(1) Complexity

The main problem with our present law on self-defence is one of form rather than of substance. The sections mentioned above present the law in an unduly complicated fashion. The general rule that a person is entitled to repel unlawful force by force which is necessary and proportionate, is formulated only in the last section on the topic — section 37. The first section, section 34, provides in fact a restriction together with an exception. Section 35 provides a restriction concerning aggressors. Section 36 annotates "provocation". Finally subsection 215(4) adds a further restriction concerning illegal arrest. The law, then, is set out in five separate sections overlapping one

another and lacking orderly arrangement. In our view, understanding would be increased and the task of directing juries simplified if the law were set out more logically. The general rule should precede and be followed by the different restrictions.

Another reason for complexity is the excess detail which obscures the underlying principle. Sections 34 and 35 contain highly-detailed provisions concerning grievous bodily harm and self-defence by an aggressor. The principle, however, relates to necessity and proportionality, which are to be assessed in the light of all the evidence. Case law reveals that judges in directing juries in fact explain the sections in terms of this principle.[127] In our view this judicial approach should be reflected in the legislation.

(2) Self-Defence and Law Enforcement

A problem arises in principle over the question whether self-defence should be allowed against measures taken by mistake for the purpose of law enforcement, e.g. against illegal arrest. Clearly there cannot be a right of self-defence against lawful arrest; even though the arrestee is innocent of the crime suspected by the arresting officer, the latter must, if acting on reasonable and probable grounds, be protected and the former must submit and wait for vindication in court. Equally clearly there must be a right of self-defence against illegal arrest made knowingly, for this is simply an assault.

Half way between there comes the question of the right of self-defence against process executed in good faith, e.g. where the warrant of arrest is issued without jurisdiction. Though principle might suggest a right in such a case, the countervailing value — the need for peace and order — dictates submission by the person apprehended. Arresting officers should not be required to act as courts of appeal from those issuing warrants. And even where the error is that of the arresting officer, provided that he acts in all good faith, reason suggests a limitation on the right to resist and an exclusion of force known to be likely to cause death.

On this point existing law is as follows. If a process is defective, the enforcement officer is justified in executing it and in using necessary force to do so (*Cr.C.* subs. 25(2)). By implication the person subject to the process loses his right of self-defence. In the interests of clarity, however, this restriction on the right of self-defence should be spelled out explicitly in the self-defence provisions.

As to officers making *bona fide* mistakes of law concerning power of arrest, the right of self-defence against such officers is limited by *Cr.C.* subs. 215(4) which provides that murder is not necessarily reduced to manslaughter simply because the victim tried to arrest the accused illegally. In our view this restriction should be stated more explicitly in the General Part under self-defence and should be expressed more widely so as to rule out the use of force likely to kill or cause serious bodily harm against a person acting in good faith and purporting to effect lawful arrest.

(3) Self-Defence by an Aggressor

Under *Cr.C.* s. 35 an aggressor who "started it" can only use force in self-defence if he believes it absolutely necessary to avoid death or serious bodily harm. Even if he does, he still cannot use force if he attacked originally in order to kill or cause grievous bodily harm, if during the fight he endeavoured to kill or cause grievous bodily harm or if he did not first retreat as far as possible. In our view these provisions are unduly complex and need replacement by a simpler and more general rule. In this regard no special reference needs to be made to the duty to retreat since this is a factor going to the question of the necessity of the force used.

DRAFT LEGISLATION

Self-defence

General rule

13. (1) Subject to the provisions of this section, every one is justified in using no more force than necessary to

protect himself or any one under his protection against unlawful force, provided that the force used is proportionate to the harm apprehended from the unlawful force.

Restriction concerning law enforcement

(2) No one is justified in using force which he knows is likely to cause death or serious bodily harm in defending himself against acts, including illegal arrest, done in good faith for the enforcement or administration of law.

Restriction on self-defence by an aggressor

(3) No one is justified in using force which he knows is likely to cause death or serious bodily harm to repel an attack by a person whom he has unjustifiably attacked or provoked unless he does so under reasonable apprehension of death or serious bodily harm from the attacker and did not attack or provoke him with the purpose of causing him death or serious bodily harm.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

Draft section 13 provides a general rule with two restrictions.

General rule (Subsection 13(1))

The general rule justifies the use of necessary force against unlawful force provided the former is proportionate to the harm apprehended from the latter. This raises three questions: (1) What harm did the accused apprehend? This is a subjective question to be determined on the evidence concerning his appreciation of the situation. (2) Was the use of force necessary? This is an objective question to be determined on the

evidence whether there were other measures short of force which would have sufficed. (3) Was the force used proportionate? This is also an objective question but one to be determined by reference not only to the accused's actual apprehension, but also to general social attitudes concerning the degree of force acceptable in any given situation. Deadly force, for example, is an acceptable response to an attack endangering life but not to a mere trivial assault.

No special rule has been included on excessive force. *Cr.C.* s. 37 provides specifically that excessive force is not justified. According to case law, however, the position is less clear. There is authority for the proposition that if *D* is charged with murder, pleads self-defence but is shown to have used excessive force, he may be convicted of murder — *R. v. Hay*.[128] But there is also authority to the effect that in such a case he may be acquitted of murder but convicted of manslaughter — *R. v. Stanley*, *R. v. Crothers*, *R. v. Ouellette*.[129] The Draft subsumes the rule contained in *Cr.C.* s. 37 under the general rule relating to proportionality. So, if the jury finds that, given the accused's actual apprehension, the force used was disproportionate, he cannot succeed on self-defence. This is in line with *Cr.C.* s. 37 and *R. v. Hay*.[130]

The words "protect himself" extend the right on self-defence against force immediately threatened as well as against force being actually applied to the accused.

The words "any one under his protection" extend the right to acts done in protection of one's spouse, family and others whom one has an obligation to defend.

The term "unlawful force" is more general than "unlawfully assaulted" in *Cr.C.* s. 34. It denotes force other than force used lawfully in enforcement of law, force used in lawful self-defence and force used by those, like infants, incapable of committing crimes. Force of the first two types cannot be justifiably resisted under Draft section 13. Force of the third type can only be resisted under the heading of necessity under Draft section 12.

Restriction concerning law enforcement (Subsection 13(2))

Draft subsection 13(2) is an extension of *Cr.C.* subs. 215(4), which deals only with homicide and illegal arrest. As such subsection 13(2) represents a compromise answer to the question whether one should be entitled to defend oneself against law enforcement measures taken by mistake, e.g. illegal arrest. It allows a privilege of self-defence in such cases but excludes acts causing death or serious bodily harm.

In addition, subsection 13(2) extends this exclusion beyond cases of arrest. It would equally apply to entry, search and seizure and any legal process.

Restriction on self-defence by an aggressor (Subsection 13(3))

This subsection replaces by a general rule the complex provisions of *Cr.C.* s. 35.

Accordingly, subsection 13(3) would operate as follows. *Prima facie*, an aggressor cannot use force in self-defence: once he attacks, his victim has a right to resist, can use lawful force in self-defence and so cannot himself be resisted. If, however, the victim uses excessive force in self-defence, that force is unlawful and may be resisted by the aggressor with such force as is necessary and proportionate to the harm apprehended.

It should be noted that special rules about retreat have been discarded. First, they are not strictly needed, for the question whether the defendant retreated will go to the question whether the force used was necessary. Second, they push courts into artificial dissection of situations that should be looked at in their entirety.

Finally, subsection 13(3) retains the proviso that the accused must not have attacked or provoked his opponent in

order to kill or seriously injure him. The reason is twofold. First, undue licence must not be given to people to assault or provoke others as a pretext for killing them in "self-defence" when responding to the attack. Second, where a person defends himself against an attack or provocation made by another with such a purpose, the law must in fairness favour the person attacked over the attacker.

2. Protection of Property

Clearly the criminal law must provide rules about protection of property. The complexity of property law forms a fertile source of conflicts. Owners are liable to insist on defending their property and without rules on the subject society could end up with a free-for-all. Such rules must primarily protect possession, for the following reasons. First, attacks on possession are particularly liable to lead to breach of the peace. Second, they are analogous to attacks on the person or on a person's private space. Third, possession is the chief sign of ownership. And fourth, security of possession is essential to enable people to make proper use of belongings. For these reasons the right to protect possession comes close to the right of self-defence.

Our Present Law

Our present law is contained in sections 38-42 of the *Criminal Code*. Section 38 allows those in peaceable possession of movable property to defend it against trespassers. Section 39 allows those in peaceable possession of movable property with a claim of right, but not those without such claim of right, to defend it against those entitled by law to its possession. Section 40 deals with dwellings. Section 41 concerns houses or real property. Section 42 relates to assertion of a right to houses or real property.

Problems with Present Law

(1) Complexity

The rules contained in the above sections, though satisfactory in substance, are presented in an overly complex fashion. In our view the law could be more simply set out by articulating a general rule allowing peaceable possessors to defend movables, a restriction forbidding the use of force by possessors without claim of right against persons legally entitled to possession, and a further restriction prohibiting in all cases use of force likely to cause bodily harm. An analogous scheme could be adopted for immovables.

(2) Movable and Real Property

The *Criminal Code* divides property into three categories: movables, dwelling-houses and other real property. This division is open to criticism on two grounds. First, treating dwelling-houses separately adds unnecessary specificity and complexity. Second, the *Code* falls between two stools: between the movable/immovable classification of Civil Law and the real/personal classification of Common Law with its historical anomalies (leases, for instance, being personalty). As to dwelling-houses the only special factor relates to forcible entry, which, being an offence, falls strictly outside the ambit of the General Part. In our view the better approach is to adopt the movable/immovable classification with no special rules concerning dwellings.

(3) Resistance by Trespassers

Cr.C. subsections 38(2), 41(2) and 42(2) provide that trespassers resisting the peaceable possessor are deemed to commit assaults so as to give the latter a right of self-defence. Such provisions are objectionable on two grounds. Insofar as they appear to create offences, they have no place in a General Part

on defences. Insofar as they create fictions — passive resistance is not assault — they run counter to common sense. In our opinion a better approach would be to allow the peaceable possessor to use no more force than necessary and not to use, simply by virtue of his right as a possessor, force likely to cause bodily harm. Where, however, the resistance involves such force as to amount to an assault, there arises automatically a right of self-defence. Accordingly no deeming provisions need to be included.

DRAFT LEGISLATION

Protection of movable property

General rule

14. (1) Subject to the provisions of this section, every one in peaceable possession of movable property is justified in using no more force than necessary to prevent another from taking it or to recover it from another who has taken it.

Restriction concerning use of force against persons entitled by law to possession

(2) No peaceable possessor without a claim of right is justified in using force to defend his possession of movable property against a person entitled as against him by law to its possession.

Restriction on degree of force

(3) No peaceable possessor is justified merely by reason of subsection (1) of this section in using force which he knows is likely to cause serious bodily harm.

Peaceable possessor

(4) For the purpose of this section "peaceable possessor" includes a person endeavouring to recover possession immediately after he has been deprived of it.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

Draft section 14 provides a general rule with two restrictions.

General rule (Subsection 14(1))

The general rule is that any one in peaceable possession of movable property can use necessary force to resist dispossession or to recover it if he is dispossessed. The rule licenses use of force against any one taking the property, i.e. not only against a trespasser but also against a taker with a lawful right to possession (subject to a restriction under subsection 14(2)).

Restriction concerning use of force against persons entitled by law to possession (Subsection 14(2))

Against a taker with lawful right to possession resistance is only permitted to a person in peaceable possession with a claim of right. So, if the original owner of property tries to recover it from a person who has stolen it, the latter cannot lawfully resist. If on the other hand the latter had sold the object to an innocent purchaser that purchaser would have had a claim of right and could therefore have lawfully resisted the original owner.

Restriction on degree of force (Subsection 14(3))

Cr.C. s. 38 provides that a peaceable possessor of movables must not strike or cause bodily harm to a trespasser. The principle is that property has a lower value than bodily safety. This principle is preserved in Draft subsection 14(3).

Draft subsection 14(3) avoids the deeming provisions contained in *Cr.C.* subs. 38(2), 41(2) and 42(2). Instead it provides expressly that the general rule contained in subsection 14(1) does not in itself license the use of force likely to cause bodily harm. By implication, if the taker attacks the possessor or forcibly resists him, such force may become allowable by virtue of some other rule, e.g. the rules contained in Draft section 10 on self-defence.

Peaceable possessor (Subsection 14(4))

"Peaceable possession" is a term of art. It means possession not likely to create a breach of the peace. A thief who snatches an object from its owner does not immediately acquire, and the owner does not immediately lose, peaceable possession, as is underlined by this subsection. An innocent purchaser, however, who buys the object from the thief gets peaceable possession.

A person with peaceable possession may or may not have a claim of right. *X* is the owner in peaceable possession of an object, *Y* steals it from him and *Z* tries to steal it from *Y*. Here *Y* has a claim of right against *Z* but not against *X*. *Z* has no claim of right at all so that *Y* on being dispossessed can immediately use force to recover the object from *Z*.

DRAFT LEGISLATION

Protection of immovable property

General rule

15. (1) Subject to the provisions of this section, every one in peaceable possession of immovable property is justified in using no more force than necessary to prevent another from tres-

passing on it, to remove a trespasser from it or to defend his possession against any other person entering to take possession of it.

Restriction concerning use of force against persons entitled by law to possession

(2) No peaceable possessor without claim of right is justified in using force to defend his possession of immovable property against persons entitled by law to its possession and entering peaceably by day to take possession.

Restriction on degree of force

(3) No peaceable possessor is justified merely by subsection (1) of this section in using force which he knows is likely to cause serious bodily harm.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

Draft section 15 provides a general rule with two restrictions.

General rule (Subsection 15(1))

The general rule justifies necessary force in three cases: to prevent trespass, to remove a trespasser and to defend against a non-trespasser entering to take possession.

"To prevent another from trespassing" covers forcible break-in, forcible entry and any other kind of trespass. No special provision is made for retaking possession of immovable property, as is done by *Cr.C.* subs. 42(1). That section is merely declaratory — peaceable entry is no offence (see *Cr.C.* s. 73) and no provision is needed to this effect. Non-peaceable entry is an offence and should be dealt with in the Special Part.

Restriction concerning use of force against persons entitled by law to possession (Subsection 15(2))

Draft subsection 15(1) also provides that force can be used even against a non-trespasser entering to take possession. Subsection (2), however, excludes the use of force by a peaceable possessor against such a person if he himself has no claim of right, if that other person has a lawful right to possession, and if he enters peaceably by day to take possession. This reproduces *Cr.C.* s. 42. If on the other hand these conditions are not met — the peaceable possessor has a claim of right or the person entitled to possession enters forcibly or by night — the situation falls outside subsection 15(2) and so the right to use force is not lost.

Restriction on degree of force (Subsection 15(3))

Subsection 15(3) is parallel to subsection 14(3).

3. Advancement of Justice

Advancement of justice can also be regarded as overlapping with necessity. One reason why necessity may be a justification is that the accused may have been actually promoting a value recognized by law. In law enforcement the same is true except that here the value or objective is explicit rather than implicit — a person acting under this head is performing a duty expressly imposed by law. The main problem in this context, then, concerns the drawing of the appropriate line between justifiable and unjustifiable use of force.

The Common Law

At common law force could apparently be lawfully used for four purposes. These were: (1) to defend oneself, (2) to prevent atrocious crime or breach of the peace, (3) to effect lawful arrest and (4) in the advancement of justice. The latter purpose included carrying out lawful sentence of execution.[131]

Our Present Law

Our present law is contained in sections 25, 27-33, 449 and 450 of the *Criminal Code*. Section 25 deals with protection of persons acting under authority, section 27 with use of force to prevent commission of offences, sections 28, 29, 31, 449 and 450 with arrest, section 30 with preventing breach of the peace and sections 32 and 33 with suppression of riots.

At the same time by virtue of *Cr.C.* subs. 7(3), common-law rules not inconsistent with the *Code* remain in force. Accordingly, insofar as the common-law rule justifying the use of force on the grounds listed above has not been superseded by the *Code*, it may obtain in Canada, in addition to the *Code* provisions. One reason for uncertainty on this score is the lack of explicit statement in the above enumerated sections to the effect that these are now the sole provisions on the topic.

Problems with Present Law

The main problems with the present law relate first to form and expression. The law in question is more complex than it needs to be and is contained in an undue number of sections. In addition, the sections on powers of arrest are too detailed

and procedural for inclusion in a General Part concerned only with defences. In our view the sections listed above should be replaced by one general section, while details concerning arrest should be incorporated in the chapters on procedure.

Then again, no explicit provision is made by present law for using force to prevent escape from prison or other lawful custody. *Cr.C.* subs. 25(4) deals only with flight to escape arrest. In our view the section on law enforcement should provide an express justification for this purpose.

Finally, it has been urged by some of our consultants that special provision be made in this context for peace officers as opposed to other citizens. Such officers bear the brunt of law enforcement and so, it is argued, stand in need of special protection. Traditionally, however, notwithstanding exceptions like those found in *Cr.C.* subs. 31(1) (arrest for breach of the peace) and 32(1) (suppression of riot), the criminal law is oriented to general public duties and is addressed to the general citizen. This is the approach adopted in the Draft.

DRAFT LEGISLATION

Law enforcement

General rule

16. (1) Subject to the provisions of this section, every one required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law is, if acting on reasonable grounds, justified in doing it and in using no more force than necessary for that purpose.

Specific powers

(2) Without restricting the generality of subsection (1), every one is justified in

(*a*) effecting lawful arrest,

(*b*) preventing offences endangering life, bodily integrity, property or state security, and

(*c*) using no more force than necessary for these purposes.

Justification concerning defective process

(3) Every one required or authorized by law to execute a process or carry out a sentence is, if acting in good faith, justified under this section despite defect or lack of jurisdiction concerning such process or sentence.

Restriction on degree of force

(4) No one is justified by this section in using force which he knows is likely to cause serious bodily harm except when necessary

(*a*) to protect himself or those under his protection from death or bodily harm,

(*b*) to prevent the commission of an offence likely to cause immediate and serious injury,

(*c*) to overcome resistance to arrest, or to prevent escape by flight from arrest, for an offence endangering life, bodily integrity or state security, or

(*d*) to prevent the escape of, or to recapture, a person believed to be lawfully detained or imprisoned for an offence endangering life, bodily integrity or state security.

This section covers all acts required or authorized by law, whether done by a private person, a peace officer or a public officer. As such it covers the carrying out of court orders, the execution of legal process, lawful arrest, prevention of crimes, prevention of breaches of the peace and suppression of riots. Detailed provisions relating to such powers and duties, however, are not spelled out either by the section or by any other section in the General Part, but are left for comprehensive treatment in the procedural sections of the remodelled *Code*. It is there in the special areas concerned with duties, powers and procedures rather than in a General Part concerned with general principles that such matters can best be dealt with in full detail.

Draft section 16 provides a general rule, a special extension to it and a restriction on it. The general rule justifies all acts required by law for law enforcement and administration and all necessary and reasonable force required for their performance. The justification is extended to acts done in good faith without jurisdiction. The restriction concerns the degree of force.

General rule (Subsection 16(1))

Subsection (1) justifies both the acts required (e.g. entry on property for lawful search), and such force as is necessary and reasonable to perform such acts.

"*Law*"

The term "law" covers all law — the law in the *Code*, other federal law, provincial law and municipal law. This avoids the self-contradiction which could arise if one and the same act were to be both required and prohibited by law — required for instance by a provincial statute and forbidden by the *Criminal Code*. It also accords with the existing law set out in *Cr.C.* s. 25.

"*Reasonable and probable grounds*"

This relates to a question of fact and not of law. Mistake of law on the part of a police officer for instance, will exclude him from the protection of subsection 16(1), though not in certain circumstances from being covered by subsection 16(2).

"*Necessary and reasonable*"

To decide whether the amount of force used was justifiable, the court or jury has to ask two questions. First, was it necessary or could the lawful objective have been achieved with a lesser degree of force: e.g. did the peace officer have to use a gun to arrest or could he have done so by merely laying hands on the arrestee? Second, was it reasonable to pursue that lawful objective with the amount of force used, even though no lesser amount would have sufficed? E.g. was it reasonable for the peace officer to kill the person resisting lawful arrest when the offence for which he was being arrested was concealing the body of a child contrary to *Cr.C.* s. 227? Such questions can only be answered in the light of all the evidence and also in the light of the prevailing social view about the relative values of the end pursued and the means used for that end. For this reason no attempt is made in the Draft to enunciate detailed rules as to what constitutes excessive force.

Specific powers (Subsection 16(2))

In view of its importance, the fact that force can justifiably be used in effecting lawful arrest merits specific mention. This is the purpose of paragraph 16(2)(*a*).

The purpose of paragraph 16(2)(*b*) is to retain in substance the provisions of *Cr.C.* s. 30 concerning the use of force in preventing "breach of the peace". This term, which is unclear in the existing law (*Frey v. Fedoruk*),[132] is replaced by an enumeration of the types of offences where forcible prevention is allowed.

Justification concerning defective process (Subsection 16(3))

Subsection (3) extends the protection of subsection (1) to certain cases where the agent acts in good faith but has in fact no authority to do the act. He may be carrying out a defective order or one given without jurisdiction. Protection is extended to such cases because persons acting in good faith for the purpose of law enforcement should not be required to "second guess" the validity of court orders or set themselves up as informal courts of appeal.

Restriction on degree of force (Subsection 16(4))

Force known to be likely to cause death or grievous bodily harm is excluded except in three situations set out in paragraphs 16(4)(*a*), (*b*) and (*c*). The first situation, viz., where a person engaged in performing a public duty finds it necessary to protect himself against death or grievous bodily harm, is covered by paragraph 16(4)(*a*) which retains the law contained in *Cr.C.* subs. 25(3).

The second situation, viz., where such a person has to prevent commission of an offence likely to cause immediate and serious injury to any person, is covered by paragraph 16(4)(*b*), which would alter the present rule contained in *Cr.C.* s. 27. That section provides for the use of as much force as is reasonably necessary to prevent the commission of an offence which is likely to cause immediate and serious injury to persons or property and which is arrestable without warrant. Draft paragraph 16(4)(*b*) deletes the reference to property and restricts the use of such force to the prevention of offences dangerous to the person, in accordance with the general legal principle that property takes second place to life. The section also deletes the reference to "arrested without warrant" on the ground that such a qualification is inappropriately technical, unnecessary since offences dangerous to the person are or should be so arrestable, and liable therefore to blur the message of the law.

The third situation, viz., where a person makes a lawful arrest for an offence endangering life, bodily integrity or state security is covered by Draft paragraph 16(4)(*c*). Here again the Draft would change existing law as expressed in *Cr.C.* subs. 25(4), which lays down two conditions for use of deadly force: (1) that the offence for which the arrest is being made needs only to be an offence arrestable without warrant, and (2) that deadly force is permitted only to prevent the offender escaping by flight. Draft paragraph 16(4)(*c*) restricts the use of deadly force to cases of arrest for offences endangering life, bodily integrity or state security, on the ground that the notion that criminals are better dead than at large should only apply to those known to be a source of serious danger. Paragraph 16(4)(*c*) also allows deadly force to be used in such a case to overcome resistance to arrest, on the ground that deadly force should be as permissible to overcome resistance as it is to prevent flight.

The fourth situation, viz., where a person seeks to prevent the escape of, or to recapture, one lawfully detained or imprisoned, is covered by Draft paragraph 16(4)(*d*). Arguably, present law already allows such an exception. *Cr.C.* subs. 25(4) allows a peace officer proceeding lawfully to arrest without warrant to use as much force as necessary to prevent escape by flight. *Cr.C.* s. 450 allows a peace officer to arrest without warrant any one he finds committing a criminal offence. *Cr.C.* subs. 133(1) makes escape from lawful custody and being unlawfully at large indictable offences. Deadly force, then, can apparently under present law be used to recapture escaped prisoners including those imprisoned for non-dangerous and even trivial offences.

But, is this acceptable? Should deadly force be allowable in arresting people for offences which are not themselves dangerous? After all, if the offence committed was not dangerous, is the offender such a danger to society as to warrant killing him in order to arrest him? Is law enforcement of such high value as to take precedence over life itself, even in cases where the law is only being enforced against someone trying to escape arrest for a relatively minor offence? And even with regard to dangerous offences (for which the Draft does allow

deadly force in order to effect arrest), should the law allow deadly force to recapture escaped prisoners? A man who commits a murder and then resists arrest or tries to flee is clearly a present danger. Would he so clearly be a danger when escaping later from prison?

In the light of the questions raised above, paragraph 16(4)(*d*) restricts the use of deadly force as follows. It allows such force in general in order to prevent the escape of, or to recapture, a person lawfully detained or imprisoned, if the user of such force believes the person escaping to be detained or imprisoned for an offence endangering life, bodily integrity or state security.

4. Lawful Assistance

Under the present law the sections dealing with justifications provide separately that any one lawfully assisting a person acting under the section in question shall also enjoy the benefit of the section. To avoid repetition we think that such individual provisions should be replaced by a general rule applying to all the justifications.

DRAFT LEGISLATION

Lawful assistance

17. The justifications provided by sections 13-16 above are available to every one in good faith assisting, or acting under the authority of, persons acting under these sections.

ANNOTATION TO DRAFT LEGISLATION

Draft section 17 replaces by a general formula the separate references in the different sections of the present *Code* relating to "any person who assists him".

SUMMARY OF PROPOSED LEGISLATION

Principle of legality

1. No one is criminally liable except for an offence defined by law.

Criminal liability

2. (1) No one is criminally liable for an offence unless he commits it or is a party to it.

(2) No one commits an offence except by conduct coming within the definition of that offence.

(3) Notwithstanding that a person's conduct may come within the definition of an offence, he is not criminally liable for that offence if he has an exemption, excuse or justification allowed by law.

Mental requirements in definitions of offences

3. Definitions of offences shall be so interpreted that, unless otherwise provided, no one commits an offence,

[Acts: Knowledge]

(*a*) by reason of an act unless in doing it he knows the circumstances specified in the definition of that offence,

[Omissions: Knowledge]

(*b*) by reason of an omission unless he fails to perform a duty imposed by law and knows the circumstances giving rise to such a duty,

[Other situations]

(*c*) by reason of any other situation (including possession) specified in the definition of that offence unless he knows the circumstances specified in that definition,

[Consequences: Foresight]

(*d*) by reason of a consequence specified or implied in the definition of that offence unless he knows that he might cause that consequence, or

[Purposes]

(*e*) by reason of a purpose specified in the definition of that offence unless in fact he has that purpose.

Immaturity

Alternative (1)

4. Every one under 12 years of age is exempt from criminal liability for his conduct.

Immaturity

Alternative (2)

4. (1) Every one under 12 years of age is exempt from criminal liability for his conduct.

(2) Every one over 12 and under 14 years of age is exempt from criminal liability for his conduct unless he appreciates the nature, consequences and moral wrongfulness of such conduct and has substantial capacity to conform to the requirements of the law.

Mental disorder

Alternative (1)

5. Every one is exempt from criminal liability for his conduct if it is proved that as a result of disease or defect of the mind he was incapable of appreciating the nature, consequences or unlawfulness of such conduct.

Mental disorder

Alternative (2)

5. Every one is exempt from criminal liability for his conduct if it is proved that as a result of disease or defect of the mind he lacked substantial capacity

either to appreciate the nature, consequences or moral wrongfulness of such conduct or to conform to the requirements of the law.

Intoxication

Alternative (1)

6. (1) Every one is excused from criminal liability for an offence committed by reason of intoxication by alcohol or other drugs, unless such intoxication was self-induced.

(2) Where the intoxication is self-induced no one shall be excused from criminal liability for an offence unless such an offence requires a purpose on his part and he [proves that] he lacked such purpose.

Intoxication

Alternative (2)

6. (1) Unless otherwise provided, every one is excused from criminal liability by reason of intoxication by alcohol or other drugs.

(2) Every one excused under subsection (1) of this section shall be convicted of Criminal Intoxication under Part . . . of this *Code* unless he proves that his intoxication was due to fraud, duress, physical compulsion or reasonable mistake.

Automatism

7. (1) Every one is excused from criminal liability for unconscious conduct due to temporary and unforeseeable disturbance of the mind resulting from external factors sufficient to affect an ordinary person similarly.

(2) This section does not apply to conduct due to mental disorder, intoxication or provocation.

Physical compulsion and impossibility

8. Every one is excused from criminal liability for acts due to physical compulsion or omissions due to physical impossibility.

Mistake or ignorance of fact

General rule

9. (1) Subject to the provisions of this section every one charged with an offence is excused from criminal liability for that offence if acting under such mistake or ignorance of fact that on the facts as he perceived them his conduct would not have constituted that offence or he would have had a justification, excuse or other defence allowed by law.

Alternative offences —

Offence under same section

(2) Where on the facts as he perceived them, an accused would have committed an offence created by the same section as the offence charged, he shall be convicted of the offence charged.

Included offence

(3) Where on the facts as he perceived them, an accused would have committed not the offence charged but an included offence, he shall be excused from criminal liability for the offence charged and convicted of that included offence.

Offence under different section

(4) Where on the facts as he perceived them, an accused would have committed an offence which, not being an included offence, is created by a section other than that of the offence charged, he shall be excused from criminal liability for the offence charged and convicted of an attempt to commit that other offence.

Wilful blindness

(5) Where an accused suspects that certain facts exist but abstains from ascertaining them, any resulting mistake or ignorance of fact is no excuse.

Requirement of reasonableness in non-*Code* offences

(6) Unless otherwise provided, in respect of offences other than those in the *Criminal Code*, mistake or ignorance of fact is no excuse unless the accused proves that he was labouring under such mistake or ignorance and that he took reasonable care to avoid it.

Mistake or ignorance of law

General rule

10. (1) Subject to the provisions of this section no one is excused from criminal liability by mistake or ignorance of law.

Restriction concerning private rights

(2) Every one charged with an offence is excused from criminal liability for that offence by mistake or ignorance of law concerning private rights where knowledge of such rights is relevant to that offence.

Restriction concerning non-publication, etc.

(3) Every one is excused from criminal liability by reasonable mistake or ignorance of law resulting from

(*a*) non-publication of such law,

(*b*) reliance on judicial authority, and

(*c*) except for offences governed wholly by the *Criminal Code*, reliance on administrative authority.

Duress

11. Every one is excused from criminal liability for an offence committed by way of reasonable response to threats of serious and immediate bodily harm to himself or those under his protection unless his conduct manifestly endangers life or seriously violates bodily integrity.

Necessity

12. Every one is excused from criminal liability for an offence committed out of necessity arising from circumstances other than unlawful threat or attack provided

(*a*) that he acted to avoid immediate harm to persons or property,

(*b*) that such harm substantially outweighed the harm resulting from that offence, and

(*c*) that such harm could not effectively have been avoided by any lesser means.

Self-defence

General rule

13. (1) Subject to the provisions of this section, every one is justified in using no more force than necessary to protect himself or any one under his protection against unlawful force, provided that the force used is proportionate to the harm apprehended from the unlawful force.

Restriction concerning law enforcement

(2) No one is justified in using force which he knows is likely to cause death or serious bodily harm in defending himself against acts, including illegal arrest, done in good faith for the enforcement or administration of law.

Restriction on self-defence by an aggressor

(3) No one is justified in using force which he knows is likely to cause death or serious bodily harm to repel an attack by a person whom he has unjustifiably attacked or provoked unless he does so under reasonable apprehension of death or serious bodily harm from the attacker and did not attack or provoke him with the purpose of causing him death or serious bodily harm.

Protection of movable property

General rule

14. (1) Subject to the provisions of this section, every one in peaceable possession of movable property is justified in using no more force than necessary to prevent another from taking it or to recover it from another who has taken it.

Restriction concerning use of force against persons entitled by law to possession

(2) No peaceable possessor without a claim of right is justified in using force to defend his possession of movable property against a person entitled as against him by law to its possession.

Restriction on degree of force

(3) No peaceable possessor is justified merely by reason of subsection (1) of this section in using force which he knows is likely to cause serious bodily harm.

Peaceable possessor

(4) For the purpose of this section "peaceable possessor" includes a person endeavouring to recover possession immediately after he has been deprived of it.

Protection of immovable property

General rule

15. (1) Subject to the provisions of this section, every one in peaceable possession of immovable property is justified in using no more force than necessary to prevent another from trespassing on it, to remove a trespasser from it or to defend his possession against any other person entering to take possession of it.

Restriction concerning use of force against persons entitled by law to possession

(2) No peaceable possessor without claim of right is justified in using force to defend his possession of immovable property against persons entitled by law to its possession and entering peaceably by day to take possession.

Restriction on degree of force

(3) No peaceable possessor is justified merely by subsection (1) of this section in using force which he knows is likely to cause serious bodily harm.

Law enforcement

General rule

16. (1) Subject to the provisions of this section, every one required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law is, if acting on reasonable grounds, justified in doing it and in using no more force than necessary for that purpose.

Specific powers

(2) Without restricting the generality of subsection (1), every one is justified in

(*a*) effecting lawful arrest,

(*b*) preventing offences endangering life, bodily integrity, property or state security, and

(*c*) using no more force than necessary for these purposes.

Justification concerning defective process

(3) Every one required or authorized by law to execute a process or carry out a sentence is, if acting in good faith, justified under this section despite defect or lack of jurisdiction concerning such process or sentence.

Restriction on degree of force

(4) No one is justified by this section in using force which he knows is likely to cause serious bodily harm except when necessary

(*a*) to protect himself or those under his protection from death or bodily harm,

(*b*) to prevent the commission of an offence likely to cause immediate and serious injury,

(*c*) to overcome resistance to arrest, or to prevent escape by flight from arrest, for an offence endangering life, bodily integrity or state security, or

(*d*) to prevent the escape of, or to recapture, a person believed to be lawfully detained or imprisoned for an offence endangering life, bodily integrity or state security.

Lawful assistance

17. The justifications provided by sections 13-16 above are available to every one in good faith assisting, or acting under the authority of, persons acting under these sections.

Endnotes to the General Part

1. *R. v. Prue and Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547 at 548, (1979) 46 C.C.C. (2d) 257, 8 C.R. (3d) 68, 96 D.L.R. (3d) 577, [1979] 4 W.W.R. 554.
2. *Shaw v. D.P.P.*, [1962] A.C. 220 at 268.
3. *Fagan v. Commissioner of Metropolitan Police*, [1969] 1 Q.B. 439.
4. Holmes, *The Common Law* (1881) 45.

4a. H. L. A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights" (1949) 49 *Proc. Arist. Soc.* 171, at pp. 179-80.

5. *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168 at 185.
6. *Ibid.*, at 187.
7. *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, 3 C.R. (3d) 30.
8. *R. v. Prue and Baril*, *supra*, n. 1 at 553.
9. *St-Germain c. R.*, [1976] C.A. 185 (Qué).
10. *Harding v. Price*, [1948] 1 All E.R. 283, [1948] 1 K.B. 695.
11. *Hill v. R.*, [1975] 2 S.C.R. 402, 24 C.R.N.S. 297.
12. *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.R.C. 339, 29 C.C.C. (2d) 97, 68 D.L.R. (3d) 243.
13. *Arthurs v. The Queen*, [1974] S.C.R. 287, 7 C.C.C. (2d) 438, 28 D.L.R. (3d) 565.
14. *R. v. Coyne* (1958), 124 C.C.C. 176, 31 C.R. 335 (N.B.C.A.).
15. *Smithers v. R.*, [1978] 1 S.C.R. 506, 34 C.C.C. (2d) 427, 75 D.L.R. (3d) 321, 40 C.R.N.S. 79.
16. *R. v. Buzzanga and Durocher* (1980), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.).
17. See for example Mewett and Manning, *Criminal Law* (1978) 92-93.
18. Kenny, *Outlines of Criminal Law* (19th Ed. Turner 1966) 80.
19. *R. v. B.C.* (1977), 39 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Prov. Ct.).
20. Law Reform Commission of Canada, *The Criminal Process and Mental Disorder*, Working Paper No. 14 (1975).
21. *M'Naghten's Case* (1843), 4 State Tr. N.S. 847.

22. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 216.

23. *R. v. Kasperek*, [1951] O.R. 776, 101 C.C.C. 375, 13 C.R. 206 (C.A.). *McRuer Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases* (1956) at 64.

24. *More v. The Queen*, [1963] S.C.R. 522, [1963] 3 C.C.C. 289, 41 C.R. 98.

25. *Ibid.*; *Chartrand v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 314, 26 C.C.C. (2d) 417, 64 D.L.R. (3d) 145, 8 N.R. 503.

26. *R. v. Blackmore* (1967), 1 C.R.N.S. 286, [1965-69] 4 N.S.R. 509 (N.S.C.A.); *R. v. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270, 26 C.R.N.S. 179 (Ont. C.A.), affirmed [1977] 1 S.C.R. 612, 28 C.C.C. (2d) 266; *R. v. Hilton* (1977), 34 C.C.C. (2d) 206 (Ont. C.A.); *Meloche v. R.*, [1975] C.A. 558 (Que.).

27. See *MacDonald v. R.*, [1977] 2 S.C.R. 665 (robbery) and *Rabey v. R.*, [1980] 2 S.C.R. 513, 15 C.R. (3d) 225, affirming (1977), 37 C.C.C. (2d) 461 (Ont. C.A.).

28. See *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349 (Ont. H. Ct.) and *R. v. Jessamine* (1912), 19 C.C.C. 214 (Ont. C.A.).

29. *Criminal Code* s. 216 adopted in 1922 after an English Statute (1922). See Williams, *The Sanctity of Life* (1958).

30. *Homicide Act* (1957), s. 7 (Eng.).

31. *R. v. Borg*, [1969] S.C.R. 551, [1969] 4 C.C.C. 262; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, 77 D.L.R. (3d) 507, 16 O.R. (2d) 129 (Ont. C.A.); *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, 51 C.C.C. (2d) 129, 13 C.R. (3d) 97.

32. But see Dubin J., *R. v. Cooper* (1978), 40 C.C.C. (2d) 145 at 147 (Ont. C.A.).

33. Stroud, *Mens Rea* (1914).

34. See *R. v. Charlson* (1955), 39 Cr. App. R. 37, [1955] 1 All E.R. 859.

35. See *R. v. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249, [1957] 1 Q.B. 399.

36. See *Bratty v. A.-G. for Northern Ireland* (1961), 46 Cr. App. R. 1 (H.L.).

37. *R. v. Kemp*, *supra*, n. 35.

38. Recent cases provide comprehensive definitions of the term. See *Cooper v. The Queen*, *supra*, n. 31.

39. *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826 (C.C.A.); *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, 29 C.C.C. (2d) 1.

40. *R. v. Laycock*, [1952] O.R. 908 (C.A.); *R. v. Cracknell*, [1931] O.R. 634, 56 C.C.C. 190, [1931] 4 D.L.R. 657 (C.A.); *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228, [1940] 3 W.W.R. 77, [1940] 4 D.L.R. 80 (Man. C.A.) where "wrong" was interpreted as "morally wrong"; *contra R. v. Cardinal* (1953), 17 C.R. 373, 10 W.W.R. (N.S.) 403 (Alta. C.A.).

41. *Schwartz v. The Queen*, *supra*, n. 39, Dickson J. at 689-690.

42. *Ibid.*

43. *Criminal Code*, subs. 16(3).

44. McRuer Report, *supra*, n. 23 at 46.

45. *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462.

46. *Smythe v. The King*, [1941] S.C.R. 17, 74 C.C.C. 273, [1941] 1 D.L.R. 497.

47. *R. v. Frank*, [1971] 1 O.R. 693, 2 C.C.C. (2d) 287, 12 C.R.N.S. 339 (C.A.); *Re Regina and Scroggie* (1974), 15 C.C.C. (2d) 309 (B.C.S.C.).

48. *R. v. Irwin* (1977), 33 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.).

49. *Criminal Code*, s. 542.

50. *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124, 51 C.C.C. (2d) 193.

51. *Schwartz v. R.*, *supra*, n. 39.

52. *R. v. Barnier*, *supra*, n. 50.

53. *Cooper v. R.*, *supra*, n. 31.

54. *R. v. Hilton* (1977), 34 C.C.C. (2d) 206 (Ont. C.A.); *R. v. Meloche* (1975), 34 C.C.C. (2d) 184 (Qué. C.A.); *R. v. Lechasseur* (1977), 38 C.C.C. (2d) 319 (Qué. C.A.).

55. Beck and Parker, "The Intoxicated Offender, A Problem of Responsibility" (1966) 44 *Can. Bar Rev.* 563.

56. *R. v. Davis* (1881), 14 Cox C.C. 563.

57. *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306.

58. *D.P.P. v. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.).

59. *Ibid.*

60. *R. v. Davis*, *supra*, n. 56.

61. *D.P.P. v. Beard*, *supra*, n. 58. See Mewett and Manning, *supra*, n. 17 at 170-177.

62. Smith and Hogan, *Criminal Law* (4th Ed. 1978) 189. Mewett and Manning, *supra*, n. 17 at 168.

63. *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746, 133 C.C.C. 1, 38 C.R. 52, 35 D.L.R. (2d) 386, affirming (1961), 129 C.C.C. 391, 34 C.R. 264 (Ont. C.A.).

64. *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, 128 C.C.C. 289, 34 C.R. 1; *McAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330, 55 C.C.C. 81, [1931] 3 D.L.R. 166.

65. *R. v. George*, *supra*, n. 64.

66. *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29 at 42.

67. *R. v. Majewski*, [1977] A.C. 443 (H.L.).

68. *Leary v. The Queen*, *supra*, n. 66 at 47, 33 C.C.C. (2d) 473, 74 D.L.R. (3d) 103, 37 C.R.N.S. 60, [1977] 2 W.W.R. 628, 13 N.R. 592.

69. *Bratty v. A.-G. for Northern Ireland* (1961), 46 Cr. App. R. 1 (H.L.); *R. v. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346, 48 C.R. 389, 56 W.W.R. 385, 57 D.L.R. (2d) 332 (Sask. C.A.); *R. v. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288, 56 D.L.R. (2d) 65 (N.B.C.A.); *Cullum v. R.* (1973), 14 C.C.C. (2d) 294 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461 (Ont. C.A.).

70. *Rabey v. R.*, *supra*, n. 27.

71. *Bleta v. The Queen*, [1964] S.C.R. 561, [1965] 1 C.C.C. 1, 44 C.R. 193, 48 D.L.R. (2d) 139.

72. *R. v. Kemp*, *supra*, n. 35.

73. *R. v. Hartridge*, *supra*, n. 69.

74. *R. v. Quick and Paddison*, [1973] 3 All E.R. 347, 57 Cr. App. R. 722, [1973] Q.B. 910 (C.A.).

75. *Rabey v. R.*, *supra*, n. 27.

76. Hale, 1 *Pleas of the Crown* (1678) 434.

77. *R. v. McDowell* (1980), 52 C.C.C. (2d) 298 at 304 (Ont. C.A.).

78. Kenny, *Outlines of Criminal Law* (17th Ed.) 81.

79. *R. v. Bamber* (1843), 114 E.R. 1254 (Q.B.); *Strasser v. Roberge*, [1979] 2 S.C.R. 953.

80. *Richard Lamer Foundation Inc. v. Construction Office of Quebec* , 36 C.R.N.S. 257 (Qué. S.C.).

81. Smith and Hogan, *supra*, n. 62 at 211.

82. *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168.

83. *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640, 115 C.C.C. 1; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, 118 C.C.C. 129, 26 C.R. 193; *Pappajohn v. R.*, [1980] 2 S.C.R. 120, 14 C.R. (3d) 243, [1980] 4 W.W.R. 387; *R. v. Sault Ste. Marie*, *supra*, n. 7.

84. *R. v. Chapin*, [1979] 2 S.C.R. 121, 7 C.R. (3d) 225, 45 C.C.C. (2d) 333.

85. *R. v. Kundeus*, [1976] 24 C.C.C. (2d) 276, 32 C.R.N.S. 129, 2 S.C.R. 272, 5 N.R. 471, rev'g (1974), 17 C.C.C. (2d) 345, 32 C.R.N.S. 129, [1974] 4 W.W.R. 228 (B.C.C.A.).

86. *Idem*, [1976] 2 S.C.R. 272 at 280.

87. *Ibid.*, at 284.

88. *Roper v. Taylor's Central Garage Ltd.*, [1951] 2 T.L.R. 284.

89. *R. v. Sault Ste. Marie*, *supra*, n. 7.

90. See Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978).

91. *Criminal Code*, s. 19.

92. See *R. v. Howson*, [1966] 3 C.C.C. 348, 47 C.R. 322, 55 D.L.R. (2d) 582 (Ont. C.A.).

93. An honest but mistaken belief that a first marriage has been dissolved through divorce is a matter which has caused controversy under this rule. A line of cases illustrated by *R. v. Wheat and Stocks*, [1921] 2 K.B. 119 (C.C.A.), 15 Cr. App. R. 134 refuses the defence in such circumstances. This case was later overruled by *R. v. Gould* (1968), 52 Cr. App. R. 152 (C.C.A.). See the recent Canadian case *R. v. Woodridge* (1978), 40 C.C.C. (2d) 30 (Sask. Prov. Ct.).

94. Although this is clearly recognized for regulations (R.S.C. 1970, c. R-5, s. 6) there appears to be no modern authority which supports this where crimes are concerned.

95. *Molis v. R.*, [1980] 2 S.C.R. 356; *R. v. Shymkowich*, [1954] S.C.R. 606, 110 C.C.C. 97, 19 C.R. 401.

96. *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369, 22 C.R.N.S. 258 (Ont. C.A.); *R. v. Hemmerly* (1976), 30 C.C.C. (2d) 141 (Ont. C.A.); *R. v. Howson*, [1966] 3 C.C.C. 348 (Ont. C.A.).

97. See for example, *Criminal Code*, s. 202 defining criminal negligence, s. 238 on driving while disqualified. This latter section has been ruled *ultra vires* by the Supreme Court of Canada in *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49.

98. For example, setting fire by negligence, *Criminal Code*, s. 392.

99. For example, trespassing at night, *Criminal Code*, s. 173.

100. *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213 (B.C.C.A.) on *Criminal Code*, s. 173; *R. v. Villeneuve*, [1968] 1 C.C.C. 267; 2 C.R.N.S. 301 (N.S. Co. Ct.) on *Criminal Code*, s. 238.

101. *R. v. Prue and Baril*, *supra*, n. 1.

102. *R. v. MacLean* (1979), 49 C.C.C. (2d) 552, 12 C.R. (3d) 1, 32 N.S.R. (2d) 650 (C.A.).

103. R.S.C. 1970, c. R-5.

104. R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 5 and 17.

105. There would seem to be no reported cases where this problem has been dealt with squarely. A case which comes close to our hypothesis is *R. v. Campbell and Mlynarchuk* (1973), 10 C.C.C. (2d) 26, 21 C.R.N.S. 273 (Alta. Dist. Ct.).

106. As above, no reported case fits squarely into our hypothesis. See for example, *R. v. Potter* (1978), 39 C.C.C. (2d) 538, 3 C.R. (3d) 154 (P.E.I.S.C) and *R. v. Walker and Somma* (1980), 51 C.C.C. (2d) 423 (Ont. C.A.).

107. *R. v. MacLean* (1974), 27 C.R.N.S. 31 (N.S. Co. Ct.).

108. Smith and Hogan, *supra*, n. 62 at 199-206.

109. *R. v. Carker* (No. 2), [1967] S.C.R. 114, [1967] 2 C.C.C. 190, 2 C.R.N.S. 16, 60 W.W.R. 365, rev'g [1966] 4 C.C.C. 212, 48 C.R. 313, 56 W.W.R. 65 (B.C.C.A.).

110. *R. v. Paquette*, [1977] 2 S.C.R. 189, 30 C.C.C. (2d) 417, 70 D.L.R. (3d) 129, 11 N.R. 451.

111. *Ibid.*

112. *R. v. Carker*, *supra*, n. 109.

113. *Ibid.*

114. *R. v. Smith*, [1961] A.C. 290 (H.L.).

115. *R. v. Paquette*, *supra*, n. 110.

116. Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978) at 553-558.

117. *Morgentaler v. R.*, [1976] 1 S.C.R. 616, 20 C.C.C. (2d) 449.

118. See for example *R. v. Nadeau* (1975), 19 C.C.C. (2d) 199, 8 N.B.R. (2d) 703 (N.B.C.A.); and *R. v. Henderson* (1976), 34 C.C.C. (2d) 40 (Ont. Co. Ct.).

119. *U.S. v. Holmes* (1842), 26 Fed. Cas. 360.

120. *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273.

121. *Morgentaler v. R.*, *supra*, n. 117.

122. *Idem*, [1976] 1 S.C.R. 678.

123. Williams, *supra*, n. 116 at 556.

124. *U.S. v. Holmes*, *supra*, n. 119.

125. *R. v. Dudley and Stephens*, *supra*, n. 120.

126. Smith and Hogan, *supra*, n. 62 at 325-331.

127. See for example, *R. v. Baxter* (1976), 27 C.C.C. (2d) 96, 33 C.R.N.S. 22 (Ont. C.A.); and *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403, 70 D.L.R. (3d) 603 (Ont. C.A.).

128. *R. v. Hay* (1973), 22 C.R.N.S. 191 (Ont. C.A.).

129. *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.); *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27 (Sask. C.A.); *R. v. Ouellette* (1950), 98 C.C.C. 153 (B.C.C.A.).

130. *R. v. Hay*, *supra*, n. 128.

131. Smith and Hogan, *supra*, n. 62 at 325-331.

132. *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, [1950] 3 D.L.R. 513, 97 C.C.C. 1.

APPENDIX A

Consent

No provision is included in this General Part concerning consent.

At common law no one can consent to death or grievous bodily harm. *Cr.C.* section 14, however, merely provides that no one is entitled to consent to have death inflicted on him.

Is *Cr.C.* section 14 really necessary? On the face of it, it might appear so, because it excludes consent as a defence to homicide. But consent is quite irrelevant to homicide offences, which consist of causing death with certain *mens rea*. In murder what is relevant is the intent to kill; in manslaughter it is the unlawful and dangerous nature of the act; in causing death by criminal negligence, it is the recklessness that accompanies the act or omission. *Cr.C.* section 14, then, is strictly surplusage.

What this highlights in fact is that consent has strictly nothing to do with the General Part. On the contrary it finds its context in the Special Part. What this means is that in certain offences (e.g. rape, assault, theft) the act must be *in invitum*; the victim's non-consent is essential — it is an element of the offence. Accordingly, if the victim consents, the charge against the defendant is not made out.

Equally important here is the fact that in such cases the victim's consent is not really a defence at all; it is not something which the defendant has to prove. On the contrary, absence of consent is something which the prosecution has to

prove. This is obscured by the fact that (surgical operations and sports apart) consent to violence is exceptional, that non-consent is therefore presumed and that in an ordinary case unless the defendant raises some evidence of consent, the victim's non-consent will be readily inferred. For this reason consent tends to be regarded, quite wrongly, as a defence.

Strictly speaking then, the right place for all rules regarding consent is in the relevant chapters of the Special Part. The chapter on crimes of violence should specify which crimes require the victim's non-consent and which do not. So should the chapter on offences of dishonesty.

Even where consent is relevant, the criteria may differ from crime to crime. In obtaining by false pretences, guilt is negatived by consent to pass the property, but not by mere consent to pass possession. In rape, consent as a defence is vitiated only by fraudulent representation concerning the nature of the act or the identity of the rapist. And in assault, consent as a defence is nullified by any sort of fraud. In consequence even if consent is dealt with in the General Part, repetition cannot be avoided because of the need to articulate these different criteria.

APPENDIX B

Lawful Correction

The Draft is silent on the question of lawful correction. The rule laid down in *Cr.C.* section 43 is not to be taken either as recommended for abolition or retention. This is a matter on which the Commission has not yet arrived at a final view.

The common-law rule allowing reasonable force in lawful correction extended at one time not only to children but also to apprentices, servants, soldiers, sailors, prisoners and convicted defendants. In course of time it was continually narrowed until it applied for all intents and purposes to one category of person only. In Canada, apart from discipline on board ship (*Cr.C.* s. 44) corporal punishment is only lawfully applicable today to children.

Whether the law should take the final step of abolishing corporal punishment completely is a difficult question. On the one hand champions of children's rights will stress the injustice of exempting children alone from physical force, the danger of child abuse and the inconsistency of meeting violence (or other wrongdoing) with violence. As against this, others will emphasize parental need for sanctions of last resort, the problem of unruly students in the high schools and the risk of opening the door to wholesale intervention by the criminal justice system into the family situation.

This being so, the question posed concerning *Cr.C.* section 43 involves a need for policy evaluation in the light of empirical investigation. In this regard the defence of lawful correction is unlike the defences of mistake of fact, duress and

so on, and like the defences of immaturity, insanity and intoxication. As compared with this latter category of defences, on which there has been considerable research and policy evaluation, the defence of lawful correction has been little examined to date. Moreover, the problem of corporal punishment of children is not just a matter for the criminal law; it is a matter involving family, educational and indeed general societal considerations.

For this reason the Commission proposes to defer any recommendation on this question pending completion of adequate research. This is being undertaken in the context of crimes of violence.

APPENDIX C

Burden of Proof

The Draft does not, apart from three exceptions, discuss burdens of proof. This is not meant in any way to minimize the crucial importance of this question. Rather it results from a desire to settle first the questions of principle and substance and to defer questions of evidence and procedure to a later paper.

The exceptions mentioned concern mental disorder, mistake of fact and intoxication. As to mental disorder Draft section 5 retains the present law on burden of proof. As to mistake of fact Draft subsection 9(1) codifies the present law which allows a defendant to escape liability for a regulatory offence by proving that he acted under reasonable mistake or ignorance of fact. As to intoxication Draft section 6 alternative (2) allows involuntary intoxication as a defence to the new included offence of Criminal Intoxication and places the burden of proving that defence on the defendant.

Building on the rules expressed in the Commission's Code of Evidence, however, the Draft General Part would operate as follows. First, the burden of persuasion would, as at present, remain on the prosecution unless the relevant enactment provides otherwise (see section 12 of the Code of Evidence). Second, this does not mean that the prosecution must disprove any and every possible defence that could be pleaded; the prosecution needs only to disprove those defences for which there is sufficient evidence to raise a reasonable doubt (see subsection 12(4) of the Code of Evidence). Whether all general defences should be governed by the presumption of innocence

and the reasonable doubt doctrine or whether some of them (such as insanity under present law) should constitute exceptions will be dealt with later. So too is the question of legal presumptions and logical inferences.

APPENDIX D

Transferred Intent

While much legal scholarship has centred round the problems of transferred intent, no special reference to this concept is made in the Draft. The reason is that such problems can be dealt with by reference to the defence of mistake or to the rule relating to consequences. For transferred intent problems fall really into two categories.

First, there is the case where a person intends to do one thing but by mistake does another. *X* intends to traffic in marihuana, thinks that what he has is marihuana and does not realize that it is morphine. In such cases legal scholars have inquired whether *X*'s wrongful intent concerning marihuana should be allowed to relate to the morphine, so as to render him criminally liable for offering for sale something he never meant to. The real problem, however, is that strict logic and practical policy conflict. Logic says that he cannot be convicted of trafficking either in marihuana (because he did not traffic in it) or in morphine (because he did not know it was morphine). Policy says that he meant to break the law, is therefore a social danger and should be punished.

In the Draft the conflict is resolved by subsection 9(2) on Mistake or Ignorance of Fact. A person accused of a crime (e.g. trafficking in morphine) when on the facts as he supposed them he would have committed a different crime (e.g. trafficking in marihuana) can only plead this defence if he admits liability for an attempt to commit that different offence. With this rule, no special provision for transferred intent is needed.

Second, there is the case where a person intends one consequence but by mistake or accident causes another. *A* aims a blow at one object but in fact hits another. Common-law tradition held that where the objects involved were of the same category, malice or intent could be transferred, but that where not, it could not. So, if *A* aims at *B* but hits *C*, he is as guilty as if he had aimed at *C*. Likewise, if he tries to damage *B*'s horse but instead damages *B*'s dog. Conversely if *A* aims at *B* but hits *B*'s dog (or vice versa), malice cannot be transferred and *A* can only be convicted if he was reckless.

Such problems are covered by Draft paragraph 3(*d*), which relates to consequences. Wherever *A* tries to bring about a certain unlawful consequence but in fact brings about another, he will be criminally liable in respect of that other consequence if he knew that he might cause it. He will also of course be liable for an attempt in regard to the intended consequence. This being so, no special provision for transferred intent is needed.

This is not to say that special provisions may not be needed in certain cases. One such case relates to murder, covered now by *Cr.C.* paragraph 212(*c*). Another relates to wounding with intent, covered now by *Cr.C.* section 228. These and any other "purposive consequence" offences will be dealt with in this respect within their proper context in the Special Part.

APPENDIX E

The Role of the General Part

Table of Contents

Law, Morality and the General Part 149

Idea and History of the General Part 151

The General Part in Canada 153

Purpose and Function of a General Part 155

Contents of a General Part 159

Fulfilment of Function by the General Part in Canada ... 161

1. The Avoidance of Repetition 161
2. Systematization and Orderly Arrangement 162
3. Theory and Basic Principles 164

The Principle of Responsibility 165

1. Centrality of the Principle in History 165
2. Centrality of the Principle Justified 170
3. Meaning of the Principle and Related Problems .. 172
   (a) From Principles to Precedents to Statutes ... 172
   (b) Effect on the Principle of Responsibility 177
      (i) Separation of *actus reus* and *mens rea* 178
      (ii) Involuntariness 179
      (iii) Description of an act 180
      (iv) *Mens rea* as a standard 182
      (v) The defeasible nature of *mens rea* 184
      (vi) Specificity and the rule of law 186

Conclusion 189

Endnotes to the Role of the General Part 191

Law, Morality and the General Part

Everyone agrees upon the existence of a link between law, morality and justice but not upon its exact nature. This is particularly obvious in criminal law. What, after all, are crimes? Are they simply acts and omissions forbidden by criminal law?[1] Or are they rather "sins with legal definitions"?[2] On this point there is, says Fitzjames Stephen,[3] a division of opinion between lawyers and lay citizens: lawyers see crimes as acts prohibited and punished by law, but laymen see them as acts so prohibited and punished because they *ought* to be.[4] The former regard criminal law as a simple list of dos and don'ts, the latter view the list as qualified by applied morality.

Yet in a sense both views are correct. Clearly it is right to stress that in our legal system the only crimes are those defined by law: *nullum crimen sine lege* — legal prohibition is a necessary condition of criminality. Equally clearly, it is right to point out that criminal law has a further component, that legal prohibition is not a sufficient condition of criminality and that criminal law involves something more than defining specific crimes.

This something more consists of common sense, morality and justice. Criminal law prohibitions speak elliptically and legal rules about killing, robbing and other offences must be read in the light of more general moral principles concerning accident, mistake and so on. Such prohibitions can only be understood and applied in the context of general considerations regarding exoneration. The former belong to the Special Part, the latter to the General Part.[5]

Idea and History of the General Part

The term "General Part of Criminal Law", as used to denote the various general rules and principles relating to liability and exoneration, was introduced to English scholarship by Glanville Williams.[6] As he acknowledges, however, European theorists and continental codes were already quite familiar with such titles as *partie générale*, and so on. And of course in common law itself the existence of such general rules and principles had long been well known to writers such as Stephen,[7] Blackstone[8] and Hale.[9]

Indeed we could say that in common law the idea of the General Part of criminal law begins with Hale.[10] Before then criminal law in England consisted solely of Justices' handbooks and practice manuals relating to procedures and specific crimes.[11] Hale's pioneer work on general principles was such that "it is possible for the first time in the professional literature to recognize a potential *system* of the law of crimes."[12]

Hale systematized the criminal law in two ways. First, he singled out its basic premise as understanding and liberty of will.[13] Second, from that premise he derived corollaries concerning "incapacities or defects", i.e. principles relating to defences. Here we find the first organized account of infancy, insanity, accident, ignorance, compulsion, necessity and duress.

On Hale's foundation systematic treatment of the General Part was gradually built up, not by judges, but by textbook writers.[14] The judges, though they created the General Part, never gave it systematic exposition. This was not their job. As one judge put it,

> Your Lordships' task in this House is to decide particular cases between litigants and your Lordships are not called upon to rationalize the law of England. That attractive if perilous field may well be left to other hands to cultivate.[15]

Accordingly such rationalization was left to writers like Blackstone who discussed the concept of crime and the principles concerning criminal participation, like Stephen who drafted the precursor of our *Criminal Code*, and like Jerome Hall[16] whose work on criminal theory has been a landmark in our time.

Today, however, in common-law countries the General Part is mostly to be found in legislation. Indeed except in England it is to be found in Criminal Codes. We see this in Australia,[17] in New Zealand,[18] in the United States[19] and in Canada.[20]

The General Part in Canada

Canada, however, is a special case. Originally in Canada as in England the General Part was basically left to common law. In 1892, however, Parliament enacted a *Criminal Code*[21] based on Stephen's *Digest*[22] and his Draft Code, which the English Parliament had rejected. This first *Criminal Code* recognized the idea of the General Part.[23] At the same time it kept in force such common-law excuses and justifications as were not inconsistent with the *Code* itself. Similarly, the present *Criminal Code*, revised in 1955, has a chapter[24] of rules about insanity, duress, criminal participation and other matters. This chapter is, however, incomplete: on the one hand it omits certain items like necessity and drunkenness, and on the other it preserves common-law defences which are not inconsistent with the *Code* or other Acts of Parliament.[25] Our General Part, then, is to be found partly within the *Criminal Code* but partly outside it.

If we turn first to the *Code*, we find, beginning with section 3, a fairly long chapter entitled "Part I — General". In keeping with its title Part I is a general part of the *Code* rather than of the criminal law. For while a general part of criminal law contains provisions relating to jurisdiction and responsibility, Part I includes numerous additional items (e.g. definitions[26] of terms like "age", "value" and "valuable security") and at the same time omits several matters of relevance to responsibility (e.g. necessity, mistake of fact and drunkenness).

In consequence by no means all matters relating to responsibility are dealt with by "Part I — General", which only governs infancy (ss. 12-13), insanity (s. 16), duress (ss. 17-18), ignorance of law (s. 19), participation (ss. 21-23), attempts (s. 24) and various justifications such as legal duty (ss. 25-33),

self-defence (ss. 34-37), defence of property (ss. 38-42), exercise of authority (ss. 43-44), performance of surgical operations (s. 45) and consent (s. 14).

Many matters regarding responsibility are dealt with elsewhere in the *Criminal Code*. Causation[27] and provocation[28] are treated in the Part on Homicide. The only definition of recklessness is found in the provisions concerning the offence of mischief.[29] Mistake of fact is dealt with only in an *ad hoc* manner in provisions like those on obscenity,[30] illicit sexual intercourse,[31] and other offences. Lawful excuse, justification and lawful authority are allowed, though not defined, in various offences.[32] General though these rules are in application, we find them scattered throughout the *Code*.

Finally, some matters relating to responsibility are still regulated by common law. The draftsmen of the *Criminal Code*, like those of the English Draft Code of 1876, not wishing to put criminal law into a strait-jacket, laid down in section 7 that common law should plug the gaps left in the *Code*.[33] Accordingly it is to common law that we must turn for the basic concepts of *actus reus* and *mens rea*, the principles underlying the rules on infancy and insanity, the definitions of key terms like "intent", "recklessness" and "negligence" and the rules relating to defences like necessity and drunkenness.

The General Part of Criminal Law in Canada, therefore, is found in these three different areas: in *Criminal Code* "Part I - General", in the rest of the *Criminal Code* and in the common law. But wherever it is to be found, any attempt to evaluate its adequacy must rest on an assessment of the purpose and function of a general part.

Purpose and Function of a General Part

Discussion of the purpose of the General Part can well begin with Jerome Hall. Hall's *General Principles of Criminal Law*, which provides the first comprehensive theoretical treatment in general of the criminal law and in particular of the General Part, divides criminal law into three different constituent elements: (1) rules, (2) secondary principles and (3) basic principles. Rules (e.g. rules defining murder, robbery and other offences) are relatively specific, concern relatively narrow issues and are found mainly in the Special Part. Secondary principles (e.g. principles relating to insanity, mistake and other defences) are wider than rules, concern more general matters and are found mainly in the General Part. Basic principles (e.g. the basic principle of culpability) are widest of all, relate to the most broad and fundamental issues and, in Hall's view, stand strictly outside the law itself.[34]

Each of these three ingredients plays its own particular part. Rules specify what is distinctive about each offence. Secondary principles complete the rules by specifying factors common to all offences, i.e. matters of justification and excuse. Basic principles comprise the fundamental axioms from which the secondary principles are derived. This being so, these three ingredients are to be found unequally distributed in the criminal law. Whereas the Special Part, the part specifying offences, contains merely rules, the General Part, the part specifying defences, may contain rules, secondary principles and basic principles. Hence the General Part's greater depth and increased complexity.

Each of these three ingredients, then, performs a different function. Basic principles illuminate and systematize the criminal

law: the principle of responsibility, for example, articulates the moral basis of the criminal law and orients it towards freedom of choice. Secondary principles provide concrete applications of the basic principles: for instance, the principles about mistake, ignorance of fact and various other defences afford specific instances of the principle of responsibility. Finally, there are general rules neither derived from basic or secondary principles nor belonging to evidence or procedure which should find their place within the General Part: e.g. the rules relating to jurisdiction and to limitation of time. Ideally, then, there are three functions for the General Part: to avoid repetition in the criminal law, to facilitate its systematization and to provide it with a theoretical basis.

Avoidance of repetition is primarily the function of general rules. While rules of special application will obviously be located in their own special context, rules of more general application must either be located in a general part or else be re-iterated with reference to each offence. The "year and a day"[35] rule that no one commits culpable homicide unless the death occurs within a year and a day of his wrongful act is a special rule applying only to homicide and therefore rightly located in the sections on homicide. By contrast the infancy[36] rule that no one under seven can be convicted of an offence applies across the board to all offences and would have to be repeated in every offence-creating section unless articulated once and for all in the General Part.

Systematization results from primary and secondary principles. As Hall observes, it was Hale who first brought system and order to the criminal law because he had an eye for "the one in the many".[37] Hale, therefore, and those who followed in his path showed how the various rules and particularly those relating to defences were interrelated and connected by reference to the underlying principles. These principles, then, provide the structure and organization of the criminal law.

Finally, as Hall observes, "theory is concerned with the ultimate ideas which comprise the foundation of a science or a social discipline".[38] As such it can arrange, organize and

explain a mass of ordinary data, and so provide a powerful tool for understanding. Just as scientific theory can do this for science, so legal theory can do the same for law, providing it with rationale and coherence, giving practitioners a deeper insight into all the different rules which make up that law, and enabling courts and lawyers to deal confidently with new unfamiliar problems, with questions arising from social change and with issues surfacing in the field of law reform.

Criminal-law theory, then, to quote Hall once again, provides "a set of ideas by reference to which every penal law can be significantly 'placed', and thus explained".[39] It does so by articulating the basic premises of the criminal law and by deriving from them the various corollaries in terms of defences of infancy, insanity, mistake, ignorance of fact, necessity, compulsion, duress, automatism, drunkenness and so on. For, roughly speaking, all our criminal law results from the interplay of the two principles that (1) wrongful conduct should be punished and (2) punishment should depend on personal fault. Finding the right balance is the task of the lawmaker and justifying it the task of the theorist.

Contents of a General Part

Accordingly a General Part needs to be structured on the following lines with propositions at three different levels. It needs to articulate a set of overall objects for the *Criminal Code*. Next it must set out a list of basic principles to guide the operation of the *Code* towards those objectives. Finally it must contain rules to translate those principles into operational form. Here we briefly discuss each of these three levels.

An Objects section would contain, not the objects of criminal law, but the objects of the *Code*. The difference is this. Whereas the objects of criminal law may be reduction of crime, underlining values, etc., the object of the *Code* will not be only to advance those objects but also to do three other things: to express the basic values of our society in an accessible form, to provide rules for the application of the criminal law and to preserve the side-constraints that limit it.[40]

As well as objects, a Code should set out principles.[41] These are broad guidelines concerning considerations of fairness, justice and morality relating to the achievement of the objects of the *Code* and underlying the application of its operational rules. Whether written into the *Code* or not, such principles exist in fact in criminal law and are to be found as the premises, often unarticulated, of judicial reasoning in the case law. Without them, however, a Code becomes merely a list of rules devoid of structure, rationale or moral underpinning.

Finally, a Code needs rules. While principles are general, abstract and painted in broad terms, rules are particular, concrete and applicable in detail to specific situations. While

principles are the reasons behind the rules, the rules are the operational elements of the *Code*.

In short, a Code needs three types of provisions: objects to provide overall direction, principles to furnish credibility and rules to afford practicality. Accordingly a General Part should have the following kind of structure:

Chapter I — Objects

Chapter II — Application

A — In criminal legislation
- — precedence of *Code*
- — classification of offences
- — interpretation

B — In time — rule of law

C — In space — jurisdiction

Chapter III — Criminal Liability

Introductory Section: Principle of Liability

Rules governing:

A — Conduct

B — Responsibility
- I — requirements
- II — defences
  - (a) exemptions
  - (b) excuses
  - (c) justifications

C — Corporate Liability

Chapter IV — Participation and Inchoate Offences

A — Participation

B — Incitement

C — Attempt

D — Conspiracy.

Fulfilment of Function by the General Part in Canada

How far does our General Part in Canada fulfil the functions outlined above? How far does it serve to avoid repetition, to systematize the criminal law and to provide it with a theoretical basis?

1. The Avoidance of Repetition

At first sight our General Part is fairly successful in helping our criminal law avoid repetition. Its general rules, being mostly contained either in "Part I — General" of the *Code* or in the common law, need no re-iteration with regard to each offence. Closer inspection, though, reveals that many such rules are scattered throughout other chapters of the *Code* with consequent repetitiveness and lack of generality.

Take the question of *mens rea*. Common law maintains that criminal liability requires blameworthiness.[42] On this, Part I of the *Criminal Code* says virtually nothing, except as regards infancy (ss. 12-13), insanity (s. 16) and ignorance of law (s. 19). By contrast in Parts II-X, the definitions of offences often imply intent by words like "assaults", "sells", "defrauds", "seduces", "uses words to indicate", and just as often express intent by words like "fraudulently", "intentionally", "knowingly" and "wilfully" — indeed no less than 250 of the 280 offence-creating sections use *mens rea* words. On this central matter, then, the *Code* affords no general guidance but merely a variety of specific provisions.

Or again, take the question of general defences. Common law has always recognized the existence of exculpating factors

by way of excuse or justification.[43] Unlike *mens rea*, defences are specifically dealt with in Part I of the *Criminal Code*, which has not only a general provision (s. 7(3)) preserving common-law defences but also detailed provisions on mistake of law (s. 19), infancy (ss. 12-13), insanity (s. 16), advancement of justice (ss. 26-33 and 37), lawful correction (ss. 43-44), self-defence (ss. 34-35, 38-42) and duress (ss. 17-18). But in Parts II to X, the Special Part, we also find specific provisions, e.g. mistake of fact (ss. 253(2), 254, 260, 267-8 and 378(2)), mistake of law (ss. 253(2), 254, 260, 267 and following and 378(2)), self-defence (s. 64(3)), duress (s. 150) and necessity (ss. 221(2) and 241(4)). On general defences too, then, the *Code* gives a variety of detailed provisions.

2. Systematization and Orderly Arrangement

Nor does our General Part fare any better when it comes to systematization. Orderly arrangement of the rules and principles, coherent interaction with the Special Part, and general comprehensive simplicity are still lacking. Instead there is a scattering of the rules throughout the *Code*, a problem over the interaction of the General and Special Parts, and a complex and yet far from comprehensive multiplicity of rules.

Take first the scattering of the rules. As pointed out above, the *Code*'s General Part is incomplete and must be supplemented by the common law. The law on *mens rea*, for example, is largely contained, not in the *Code*, but in the case law, which is often hard to ascertain, for courts have tended to concentrate pragmatically on specific issues. Recently, however, our courts have moved away from a piecemeal approach and, assisted by academic scholarship, have tried to simplify the law relating to *mens rea* by clarifying it as a concept of general application. Clear examples are the majority judgment in *O'Grady v. Sparling*,[44] which adopted Turner's[45] view that *mens rea* consisted either of intention or recklessness, and the dissenting judgment of Dickson J. (concurred in by Laskin C.J. and Spence J.) in *Leary v. The Queen*,[46] which provides a neat, clear and simple definition of *mens rea* as a term of general

application, distinguishing intent and recklessness, contrasting them and leaving them as concepts readily applicable in principle to any offence to which they may be relevant. Welcome though this kind of clarification is, its proper place in any comprehensive Code is surely within that Code's General Part.

Next, the problem concerning the interaction of the General and Special Parts. This arises from the fact that while the former provides rules on general defences, the latter provides rules on specific defences and also frequently defines offences as acts done "without lawful excuse or justification". Here a still unsettled question exists as to the meaning of such phrases: do they simply refer to general defences allowed by the General Part or do they provide for some particular excuse or justification over and above the general defences?[47] The resolution of such questions is clearly necessary in the interests of consistency.

Finally, the matter of complexity, which can best be illustrated by reference to defences. First, there are three different levels of provisions: the provision in subsection 7(3) preserving general "common law" defences, the specific Part I provisions on general defences and the Parts II to X provisions on special defences. Second, the provisions on special defences work in two different ways: some, like subsection 215 on provocation, operate as (wholly or partly) exculpating factors; others, like subsection 146 on consent to unlawful sexual intercourse, exclude certain defences. Third, many sections use expressions like "without lawful justification, excuse, authority", "without reasonable grounds, excuse" and thereby advert to special matters which may exculpate. Fourth, and finally, all these provisions cannot be fully understood without reference to the case law.

Case law itself, however, may be confusing. Let us take, for example, the basic defence of mistake of fact. As classically defined, mistake of fact consists of "an honest and reasonable belief in a state of fact, which, if true, would make [the] act innocent". On this two crucial questions still remain unanswered by the cases: (1) Must the belief be not only honest but

also reasonable?[48] (2) What constitutes an innocent mistake? On the one hand it cannot simply be one that makes the accused, on the facts supposed, innocent of the precise crime charged, otherwise a defendant charged with assaulting *X* would have to be acquitted if he mistook *X* for *Y*. On the other hand it does not need to be one that makes the accused innocent of any crime whatsoever, otherwise a defendant charged with murder would have no defence of mistake even in cases where he mistakes his actual victim for an animal.

3. Theory and Basic Principles

The state of our criminal law regarding theory is equally unsatisfactory largely because of history. Originally, our *Code* was not intended as a comprehensive statement of the criminal law, gaps were meant to be filled by reference to the common law, and new situations were to be dealt with by application of common-law rules and principles.

As pointed out above, theory is concerned with ultimate concepts and basic principles. Nowhere, however, does our General Part — whether we refer only to Part I of the *Code* or to all the general rules and principles of criminal law wherever they are to be found — articulate its basic principles. Indeed Part I contains no principles but only a random list of rules.

For this reason Part I affords no theoretical structure. Instead of highlighting fundamental principles, then setting out secondary rules and principles relating to defences and thereby producing a coherent whole, our *Code* just catalogues certain defences. In consequence the reader is left without guidance or direction.

The Principle of Responsibility

Clearly one guiding thrust throughout our criminal law consists in the principle relating to responsibility. Here is to be found the moral aspect of the criminal law reflected in the General Part provisions on liability and defences. But how central is the principle of responsibility, how central should it be, and how in effect should it be defined?

1. Centrality of the Principle in History

The thrust of the responsibility principle is simple: no one is guilty of a crime unless he is to blame — no criminal liability without moral fault. But since morality relates not only to behaviour but also to conscience, it must concern the actor's state of mind. "The full definition of every crime", said Stephen J. in *R. v. Tolson*,[49] "contains expressly or by implication a proposition as to a state of mind". As common law put it, *actus non facit reum nisi mens sit rea*:[50] an act does not make you guilty unless your state of mind is guilty — no guilt without moral responsibility.

"Responsibility" means etymologically "having to answer".[51] A government minister, for example, is responsible, i.e. must answer, for his department. Now what people are primarily responsible for — must answer for — is their own conduct, but because their answer may not necessarily satisfy, "responsibility" tends to acquire a pejorative connotation.

Not that an agent is responsible in this sense for anything and everything. In criminal law, as in morality, responsibility is generally limited in four respects. An agent only has to

answer (1) for his own actions, (2) for actions he meant to do, (3) for actions done by him as a responsible agent and (4) for actions which are neither justifiable nor excusable.

Morally an agent only has to answer for his own actions. Natural occurrences, other people's actions and things done involuntarily by the agent are not his responsibility. Accused of some act, he can exonerate himself by showing that he did not do it, that it was not *his* act but that of someone else, or that it was not his *act* but rather something that happened to him.

Even if he did do an act, however, morally he only has to answer for it if he meant to do it. Acts done by mistake or accident usually attract no responsibility.

Next, although most people have to answer for their actions, some do not. Some people are held to lack the general capacity to act responsibly. These include the very young and the mentally disordered. Such persons incur no responsibility on the ground that they fail to qualify as responsible, or moral, agents.

Finally, even a responsible agent can sometimes avoid blame by reason of special circumstances. His act may have been justified — he may have done the right thing in the situation. Or it may have been excusable — perhaps he could not fairly be expected to do otherwise.

Morally, then, an agent's responsibility for an act depends on whether he really did it, whether he meant to do it, whether he was responsible for his actions and whether he had some justification or excuse. In legal terminology responsibility depends on whether he committed an *actus reus* with *mens rea*.

In criminal law, however, the notion of responsibility has not been constant. Its evolution is often divided into roughly four periods.[32] First there is a primitive period when law is based on private vengeance and compensation. Then the community becomes involved and legal liability is strict — anyone

or anything causing harm is held responsible and criminal liability may even be imputed to animals.[53] Next comes a more enlightened stage, where criminal law draws close to morality — liability depends on fault and legal writers discuss *mens rea*.[54] Finally, law diverges again from morality — Parliament legislates increasingly to protect public welfare, and liability need not depend on fault.[55]

This picture, though, is over-simplified. For instance in the earliest period, however strict the law, morality was never wholly out of court. After all, vengeance itself links up with fault. This point is brought out by Holmes:

> Vengeance imports a feeling of blame, and an opinion, however distorted by passion, that a wrong has been done. It can hardly go very far beyond the case of a harm intentionally inflicted: even a dog distinguishes between being stumbled over and being kicked.[56]

Indeed, old Norman statutes distinguished between accidental and intentional harm. Nor is this surprising says Winfield:

> No sane human being, ancient or modern, needs any mental education beyond that of general experience to say '*A* did not mean to do this' and therefore to inflict a lighter penalty or possibly none at all. Mediaeval man is at least that much removed from a beast.[57]

The evolution of the principle of responsibility, then, may be more fruitfully considered in terms of four main strands which influenced it: vengeance, royal concern with crime, church influence, and positivism.

Vengeance is a major factor. "It is commonly known", says Holmes, "that the early forms of legal procedure were grounded in vengeance".[58] In this light crimes and prosecutions are acts of private warfare done in a setting not far removed from Hobbes's state of nature.[59] Indeed trial by combat was introduced by William the Conqueror as a modified form of private war — "trial by battle was . . . private war under regulations".[60] The emphasis is on the primary harm resulting from a crime (injury to an individual victim), on the causal link between the wrongdoer and that harm, and on the victim's desire for redress. No clear distinction is drawn between crime and tort, the lawmaker's object being "rather to reconcile

antagonists upon established terms than to put down crimes by the establishment of a system of criminal law, as we understand the term"[61] — a notion still at work in rules about restitution, criminal compensation and private prosecution.

Equally important was royal concern with crime, seen in the development of the concept of breach of the peace. According to Stephen, "peace was an exceptional privilege, liability to war the natural state of things".[62] Increasing royal power, however, gradually extended the King's peace throughout the realm.[63] Thus crimes were seen as public wrongs against peace, order and good government. Emphasis switched to secondary harm[64] (fear and alarm to the community), and to the suppression of criminal activity. This view of crimes as public wrongs continues to dominate common-law thinking, criminal prosecutions being instigated by the Crown.

A third strand was the influence of the Church. Legal thought was naturally affected by ideas of personal fault and inner morality stemming from Aristotle and other philosophers, from Scriptures, from Church teachings and from the doctrine of natural law.[65] Crimes came to be regarded as "sins with legal definitions"[66] with emphasis on sinfulness, conscience, wickedness and retribution. The relevance of this view can still be seen in the distinction between "real" crimes and quasi-crimes,[67] in the prohibition of offences against morality[68] and in the law relating to *mens rea*.

Church influence, however, affected not only the meaning but also the imputation of responsibility. Law moved from magic and intuition to rationality and evidence. Early procedure — trial by battle, trial by compurgation and trial by ordeal — allowed no place for logical investigation.[69] But Church prohibition, in the Fourth Lateran Council (1215), against clerical participation in trial by ordeal, necessitated a new type of procedure, and England's choice was trial by jury.[70] At first the criminal trial remained a rough-and-ready process with juries conducting their own inquiries, with defendants barred from bringing evidence, and with fault being inferred solely from external factors.[71] In course of time, however, procedural

changes brought about a more rational approach to evidence — defendants were allowed to testify, witnesses with personal knowledge were required and juries had to base their verdicts on the evidence.[72]

The fourth strand in the legal notion of responsibility was positivism.[73] The view that law, like other social phenomena, should be scientifically investigated for what it is in fact — rules enforced by power and authority — had obvious repercussions in the criminal law. If law is seen simply as the sovereign's command, it no longer needs to reflect morality but can create crimes that are not "sins with legal definitions" but merely legal definitions. On this view *mens rea* connotes not moral fault or wickedness but simply the mental element in the definition of an offence. There is, as Stephen points out, no such thing as *mens rea* but only many different *mentes reae*.[74] This view was fortified by the proliferation of statutory offences providing for a variety of mental elements peculiar to specific provisions and couched in purely descriptive terms like "knowingly", "intentionally" and so on. For these *mens rea* tended to be interpreted simply by reference to the words of the enactment in question. Consequently the moral content of *mens rea* was obscured.

In other areas it was totally eclipsed.[75] Regulatory legislation designed to protect public welfare created numerous offences which were seen, not as wrongs in any obvious moral sense, but merely as contraventions of legal prohibitions for which *mens rea* was unnecessary.[76]

These four strands helped shape the notion of responsibility. Vengeance imports some notion of blame. Royal concern with crime left lesser offences to local courts and concentrated only on the most reprehensible. Church influence stressed morality, conscience and personal fault in crimes — an idea still evident in the notion of stigma.[77] Positivism produced the exception that proves the rule — regulatory offences dropped *mens rea* because they were not really part of criminal law.[78] Clearly responsibility has always been at the centre of our criminal law.

2. Centrality of the Principle Justified

The doctrine of *mens rea*, however, is not universally accepted. It has been challenged by criminologists, psychiatrists and lawyers. Their objections fall into three categories. An argument based on law itself contends that already responsibility is often jettisoned in the interests of social protection. An argument based on theory claims that legal liability must be objective and that an individual's "personal equation" cannot be taken into account. An argument based on criminology maintains that the question of responsibility should be sidestepped and replaced by emphasis on social danger and on treatment.[79]

These arguments, however, can be met. First, the existence of strict liability is not self-justifying. Second, objective liability conflicts with ordinary notions of morality and justice. And emphasis on dangerousness regardless of responsibility involves a cost in terms of freedom and humanity.[80]

The root of the problem concerns the aims of criminal law — the aims it ought to have. Here there are surely two points of agreement. First, criminal law should aim at decreasing certain undesired activities. Whatever the strategy — denunciation, deterrence or reform — surely the only general justifying aim is the reduction of offences.[81] Second, pursuit of this aim must remain subject to constraints, for criminal law is not an end in itself but rather a means to an end — to the securing of a society worth living in.[82] Such a society must surely try to maximize freedom, justice and humanity. Accordingly the fundamental question is what kind of criminal law best accommodates these values — one based on *mens rea* and punishment or one based on dangerousness and treatment.

In previous papers[83] we argued for the retention of responsibility. We did so on three grounds — liberty, justice and humanity. First, the doctrine of *mens rea* maximizes liberty: given a requirement of *mens rea*, the individual knows he is

secure unless he breaks the law deliberately, and so can plan his life accordingly. Second, it maximizes justice: historically our law has always been to some extent concerned with doing justice, justice bases liability on fault, and *mens rea* articulates that basis. Third, the doctrine satisfies requirements of humanity: it makes criminal law treat persons as persons, i.e. creatures to be reasoned with and called upon to answer for their actions.[84]

In fairness, however, opponents of *mens rea* are not against the concept of responsibility in general but only against keeping it in the law. But could people be treated as persons outside the law but not within it? Three factors give rise to doubt. First, such a criminal justice system would be so at variance with our present law that it might prove unworkable. Second, a legal system which no longer safeguarded liberty, humanity and justice might well lose all credibility. Third, crime and criminal law cannot be isolated from the context in which they have their existence — everyday social life involving personal interaction and responsibility.

There is one further argument, which relates to the aim of criminal law. Its general justifying aim, we saw, is generally agreed to be the decrease of undesired activities. Its more particular aims, the means of carrying out the general aim, enjoy less consensus: some stress prevention, others deterrence, yet others reform. Our view, set out in our Report to Parliament, *Our Criminal Law*, is that our criminal law's main contribution is to underline our values by forbidding conduct violating them. Such values, however, are not normally seen as so seriously violated by acts done involuntarily or by mistake as to warrant reprobation by the criminal law. Such reprobation is reserved for more deliberate defiance of societal values by conduct involving personal moral fault.

For these reasons, it is argued, the principle of responsibility must remain central in our criminal law.

3. Meaning of the Principle and Related Problems

The basic thrust of the responsibility principle is clear and simple but its detailed analysis and application have become confusing. Its basic thrust is *no liability without fault* — a proposition enjoying general acceptance. Its application in cases and its analysis in scholarly literature have produced considerable inconsistency. This is largely due to a significant change in common law — a move from the moral cogency of principles towards the legal authority of precedents and statutes.

(a) From Principles to Precedents to Statutes

Beginning as the application of common-sense principles by royal judges, the common law, said Chief Justice Coke, was "nothing else but reason".[85] It was, said Blackstone, an "admirable system of maxims and unwritten customs".[86] As such it had three fundamental features: it consisted of maxims, principles or guidelines, it arose from customary court practice and it was discovered rather than created; for in making the law, the judges fashioned it out of already existing material — accepted principles of common-sense morality.

Within a hundred years of Blackstone's death, however, there came about significant alteration. Common law changed from a system of broad principles into a set of narrow rules, from a system based on customary court practice into a series of judicial *fiats*, and from a system resulting from declaratory practice into a collection of regulations created by judicial legislation.[87]

This change was due to many factors, one of which was legal positivism. Positivists like Austin saw law as rules laid down by sovereigns.[88] Ideally these should be laid down by Parliament in statutes, in practice they would often be laid down by judges.[89] As delegates of the sovereign legislature, such judges were now viewed as vested with a special authority, their decisions taken as binding, and their precedents adhered to according to the strict doctrine of *stare decisis*.[90]

A second reason for the change was the inability of the earlier judicial consensus on doctrines, principles and rules to survive the vast increase in scale of legal operations. In Lord Mansfield's time, for instance, when there were only twelve judges in the Courts of common law, each judge was intuitively aware of the views and practices of his brother judges. Today in Canada, when there are about three hundred high court judges, no such intuitive awareness remains possible and law comes to depend less on consensus than on authority. What resulted has been described as "the collapse of a degenerate system of customary law".[91]

A third reason was the improved state of law reporting.[92] So long as law reports were variable in quality, as was indeed the case till the mid-nineteenth century, courts had to rely largely on memory, common sense and principle, for rigid adherence to authority was impossible. The establishment of official law reports, however, gave new significance to precedent, authority and scholarship.

Finally, one other possible reason was a shift in judicial perception as to the identity of the judge's audience. Originally, judges addressed themselves primarily to lay juries, which of course gave no reasons for their verdicts. Later, when non-jury trials became the rule and judges gave decisions backed by reasons, they addressed themselves rather to appeal courts and sought to make their decisions stand up to detailed scrutiny at higher levels. Common-sense jury directions were increasingly replaced by legal analysis with emphasis on correctness and authority.[93]

Common law, then, became a rigid precedent system. In Blackstone's day "precedents and rules must be followed unless flatly absurd or unjust",[94] but there was always power to disregard decisions contrary to well-established principle. Later on the judges tended to follow binding precedents regardless of injustice.[95] The new watchword was: *sit finis litium*[96] — better certainty with injustice than uncertainty in search of justice.

At the same time, though precedents never completely moved away from principle and were not necessarily construed

like statutes, they were increasingly replaced by them.[97] This replacement was due to similar factors. The rise of positivism, the increased scale of operations and the growth of industrial society combined to increase the need for legislation. Parliamentary intervention was required to regulate industries, improve social conditions and lay the foundations of the welfare State. With statutes, however, law becomes articulated as though it were not based on principles but simply consisted in a set of detailed rules.

This difference can be brought out by comparing the *Criminal Code* provision concerning the question of reasonable belief in bigamy with the treatment of that question in *R. v. Tolson*.[98] Bigamy is generally defined as going through a form of marriage with one person while already married to another. But what if the defendant thinks that that other is now dead and that she is no longer married to him? In *Tolson* Stephen J. dealt with the question in terms of basic principle as follows:

> The principle involved appears to me, when fully considered, to amount to no more than this. The full definition of every crime contains expressly or by implication a proposition as to a state of mind. Therefore, if the mental element of any conduct alleged to be a crime is proved to have been absent in any given case, the crime so defined is not committed; or, again, if a crime is fully defined, nothing amounts to that crime which does not satisfy that definition. . .
>
> I think it may be laid down as a general rule that an alleged offender is deemed to have acted under that state of facts which he in good faith and on reasonable grounds believed to exist when he did the act alleged to be an offence.[99]

By contrast the *Criminal Code* deals with the question solely by means of an *ad hoc* rule, which on the face of it has no particular connection with basic principles, *Criminal Code* subsection 254(2) provides:

> No person commits bigamy by going through a form of marriage if
>
> (*a*) that person in good faith and on reasonable grounds believes that his spouse is dead, . . .

Comparison of paragraph 254(2)(*a*) and *Tolson* highlights the difference between rules and principles. Rules are much more specific than principles — the propositions of the *Code*

are clearly narrower than those taken from *Tolson*. Second, rules are more arbitrary than principles, which are largely self-evident and based on common sense. Third, rules exist, as it were, on the surface of the law, whereas principles constitute the deep structure from which rules can be derived — if rules lay down the law, principles articulate the reason for that law.

Linked to these differences is a further matter — the nature of legal and judicial reasoning. "Most people suspect", says Guest, "that lawyers reason in a peculiar way".[100] Indeed Coke C.J. pointed out to James I that "causes . . . are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of the law".[101] Accordingly, it has been argued that "the life of the law has not been logic: it has been experience",[102] and that pure logic has no place in law.

This goes too far. Law is not and should not be illogical. As Devlin said, "the common law is tolerant of much illogicality, especially on the surface; but no system of law can be workable if it has not got logic at the root of it".[103]

In this connection the term "logic" is often taken to refer only to deductive reasoning. That kind of reasoning moves from proposition to proposition with each step following inescapably from those before it. So, in an argument like

"All men are mortal;
Socrates is a man;
Therefore Socrates is mortal."

the conclusion is dictated necessarily by the premises.

In law and everyday life, however, we make more use of a different and more pragmatic type of reasoning. It is a type in which propositions are advanced, countered with objections and then modified. Take the following argument:

> Any one committing an offence while too drunk to form the requisite intent, specific or general, lacks *mens rea* and shall be acquitted;
>
> But such a person is a social danger and should not just go scot free;
>
> So, even if he has to be acquitted of offences requiring specific intent, he should still be convicted in respect of offences requiring only general intent.[104]

Here the original proposition is met by a counter-argument in the light of which it is then modified.

Legal reasoning, then, typically uses a kind of "yes, but" argument.[105] We start with a general rule, follow with an objection and end up with a qualified rule. But this is only natural; for in law no general rules are complete in themselves but all are expressed against a background of competing principles and values, and besides while logic is concerned only with the validity of the inference, law and real life are concerned with the acceptability of the conclusion.

We see this in the criminal law and particularly in the General Part. This Part was a logical *response* to, and *limitation* on, the Special Part. It was the "yes, but" part of criminal law. Guilt, responsibility, *actus reus* and *mens rea* — all these have always been defeasible concepts.[106] So with *mens rea*, for example, the truth is not that with intention, foresight and so on you automatically have *mens rea* but rather that without them, i.e. if you act by mistake, ignorance and so on, you have not.

All this, however, has been to some extent obscured by several factors. Law, like ethics, philosophy and religion, was seen less as a process than as a product[107] — less as a search for truth than as the enunciation of particular truths. Meantime science, mathematics and formal logic had made such progress that their mode of reasoning, deduction,[108] came to be regarded as the ideal, which moral, legal and other non-deductive reasoning fell short of — the "rational" and the "reasonable" were confused.

In consequence courts tended at times to veer towards pure logic rather than practical considerations. This is particularly evident in statutory interpretation. For example in *Whiteley v. Chappell*,[109] where the accused had voted in a dead man's name in an election and was charged with "personating 'a person entitled to vote'", he was acquitted on the ground that a dead man is not a person entitled to vote. In such cases, it is often argued, courts concentrate unduly on the letter of

the law instead of on its spirit and the policy behind it — they see law as purely descriptive instead of as partly descriptive and partly normative.

(b) Effect on the Principle of Responsibility

The General Part, then, was the "yes, but" part of criminal law. As the accused's answer to the Special Part it was comprised of justifications, excuses and other defences negativing criminal liability. Such defences were broad and flexible enough to meet the needs of justice in novel, borderline cases because they were expressed in terms of general principles. These principles in their turn were based on the more general fundamental principle, "no guilt without moral fault".

All this, however, was altered by the development outlined above. The move away from principle to precedent and statute blurred our understanding of the nature and operation of the General Part. Replacing principles by rules meant largely substituting pedigree for content, rigidity for flexibility and "slot-machine" deduction for "yes, but" arguments that take account of the part played by defeasibility, especially in the context of guilt.

Guilt, blame and criminal liability rests after all on common-sense morality. When blaming someone for some action, common sense proceeds in two stages. First, it asks whether the person in question did the act complained of. Second, in certain circumstances it asks whether there was anything taking the act out of the standard category — was the person in question unable to avoid doing as he did? was he labouring under some mistake or misapprehension? or was he suffering from some mental abnormality?

Parallel to this, the law could have also asked two questions. It could have posed the basic question, "did the defendant do the act alleged?". It could then, if the defendant raised *prima facie* evidence of some exonerating factor, have raised the question "was he acting under automatism, mistake, insanity, etc.?".

Instead, the law, at least in theory, asks three questions: (1) did the defendant commit an *actus reus*? (2) if so, did he do so with *mens rea*? (3) if so, did he have some justification or excuse?

This approach has produced several problems. There is the artificial separation of *actus reus* and *mens rea*, the question of the proper location of voluntariness, the problem over the "correct" description of an act, the blurring of the normative and defeasible dimension of *mens rea*, and the obscuring of the relevance in this context of the Rule of Law.

(i) *Separation of* actus reus *and* mens rea

Since Descartes, if not before him, Western thought in general looked on body and mind as distinct elements instead of aspects of a single whole. So in law we differentiate between *actus reus* and *mens rea*.

To see the artificiality of this distinction, consider the following hypothetical example. A policeman tries to infiltrate a drug gang. He is discovered, injected regularly with heroin and turned into an addict. Now desperate for the drug, he steals heroin from a hospital. The *actus reus—mens rea* distinction leads us to ask the following three questions: (1) was there an *actus reus* or was the taking of the hospital's heroin involuntary? (2) was there *mens rea* or did the involuntary addiction rule out an intent to steal? (3) if there was *actus reus* and *mens rea*, is there some other defence, e.g. involuntary intoxication? Surely, however, the more natural approach would be to ask: Is he to blame — is this the sort of thing that should be punished? Instead of analyzing into different compartments, common sense looks at the situation as a whole.

Or take the case *R. v. Dadson*.[110] *D*, a constable, trying to arrest *P* for stealing wood, shot at him to stop him escaping. This would not have been lawful unless *P* had had two previous convictions. *P* did have two such convictions but this was unknown to *D*. *D* was found guilty on the ground that *P*'s convictions being unknown to *D* could not justify the shooting. On this some theorists[111] argue that *D*'s act considered apart

from his state of mind was lawful, that "bad motive and ignorance can't turn [it] into an *actus reus*" and that therefore *D* should have been acquitted. This, as Jerome Hall[112] points out, is to ignore the intertwining of *actus reus* and *mens rea*. The right to arrest is limited by a requirement of reasonable and probable grounds to effect it, so that the justification of *D*'s act depends not only on *P*'s convictions but also on *D*'s knowledge of them. "No external situation of itself", says Hall, "can be criminal — there is always the mental side to be considered".[113] *Actus reus* and *mens rea* must not be separated artificially but treated together as a whole.

(ii) *Involuntariness*

Neither in morals nor in law are people generally held to blame for things they cannot help. In morals we can say, with Kant, that "Ought implies can". In law we say *lex non cogit ad impossibilia* — law does not expect the impossible.

Here we are primarily concerned with one aspect of impossibility — conduct impossible to avoid in that it is involuntary. Such conduct may be involuntary by reason of external or internal causes. Acts involuntary for external causes are acts done under physical compulsion. "If", says Hale,[114] "*A* takes *B*'s arm and the weapon in his hand and stabs *C*, *B* is not guilty because there is no voluntary act on his part". Acts involuntary due to internal causes include acts done in sleep, under hypnosis or as a result of automatism — in a word, what is usually termed involuntary behaviour.

In criminal law, this second type of involuntariness creates problems resulting from a clash between the dictates of morality and of public interest. Suppose *D* in a nightmare kills *P*. Morally *D* cannot help it, is not to blame and should not be punished. Socially, however, *D* is a potential danger, clearly needs investigation and should perhaps in the public interest be treated or restrained.[115] Accordingly the law is torn two ways. On the one hand, it tends to say there was no *actus reus* and so *D* is not guilty. On the other, if the behaviour results from disease, it tends to view the defendant as legally insane and liable to intervention by way of treatment.

Such policy problems are perhaps inescapable. More artificial is the problem whether voluntariness should be located under *actus reus* or *mens rea*. Orthodoxy[116] favours *actus reus* because involuntariness is a defence even in crimes of absolute liability requiring no *mens rea*. A minority view,[117] however, would favour *mens rea* on the ground that involuntary acts are acts done without intention. This kind of problem, which arises from the separation of *actus reus* and *mens rea*, is in itself unnecessary and is of no relevance to the real policy problem discussed above.

(iii) *Description of an act*

Criminal law operates by defining specific acts as offences. Exceptionally it also prohibits omissions.[118] *Cr.C.* s. 50 makes it an offence not to try and prevent a person known to be about to commit treason from committing it. *Cr.C.* s. 197 states that everyone has a duty to provide necessaries for his wife and children. *Cr.C.* s. 199 provides that every one who undertakes to do an act has a duty to do it if omitting to do it may be dangerous to life. And of course homicide can be committed by omission.

Most criminal offences, though, consist of positive acts. Theft basically consists of taking another's property, not of failing to restore it to him: I have no duty to take back to you the goods you lose, I simply must not keep them. Fraud fundamentally consists of deceiving, not of failing to enlighten: I have no obligation to disabuse you of your own self-induced misconceptions. And assault consists of applying force, not of failing to prevent its application: I must not deliberately trip you but I am not bound to stop your tripping over yourself.

But when is conduct an omission, when is it a positive act? In *Fagan v. Metropolitan Commissioner*[119] *D*, directed by *P*, a policeman, to park nearer the kerb, accidentally drove his car onto *P*'s toe. In reply to *P*'s remonstrations *D* then switched off the ignition and refused to move. Charged with assault, *D* argued that there was no *actus reus* — when applying force he acted unintentionally and when he did have an intention he in fact did nothing, he merely omitted to

remove the car. The appeal court divided on the issue. Two judges found him guilty because his keeping the car on *P*'s toe was an *actus reus*. One would have acquitted because the application of force was unintentional and *D*'s intentional keeping of the car where it stood was simply an omission.

In such a case the problem cannot be solved by seeking the definitive description of *D*'s act. Acts do not come neatly labelled — "an act has no natural boundaries" — so the description must depend ultimately on context and on policy. Legal theorists have sometimes sought answers to such problems in scholastic definitions of "act" and thereby helped to complicate the learning on *actus reus*. The best approach, however, is to inquire whether *D*'s conduct in its overall context should be assimilated to doing nothing and not penalized or should be assimilated to doing something and counted as assault.

Similar problems arise over the correct description of a person's intention. Take for example the offence of obstructing a peace officer in the execution of his duty (*Cr.C.* s. 118). For this offence the *mens rea* is to intend to do the act forbidden by law. But what is the precise act forbidden by law? Is it the act of obstructing someone who, whether you are aware or not, happens to be a peace officer and happens to be acting in the execution of his duty? Or is it the act of obstructing-a-peace-officer-in-the-execution-of-his-duty, i.e. you have to know that you are obstructing him, that he is a peace officer and that he is acting in the execution of his duty? If the former, intent need only relate to the obstruction. If the latter, it relates also to the status and activity of the victim. The problem is that the words in the section leave this ambiguous.

Or take the following example. *D*, wishing to destroy an airplane and recover insurance compensation, puts a bomb in it timed to go off during flight, and thereby kills the crew. Here should we say that *D*'s act is putting the bomb in the aircraft, that his intent is to destroy the plane and that the deaths are a foreseen but unintended consequence? Should we say that *D*'s act is blowing up the aircraft, that his intent is to obtain the

money and that the deaths are obliquely or indirectly intended? Or should we say that *D*'s act is trying to obtain insurance money by blowing up an airplane and its crew in flight?

Such problems have no obvious solution. Each of the three descriptions is admissible. None is exclusively correct, though some answers may be better than others. Which ones are better depends on various things — on the purpose, values and concerns of the criminal law. Which one, therefore, is favoured by the criminal law will not depend on ever more intricate analysis of *actus reus* and *mens rea*, but on the wording of the relevant statute, its common-sense interpretation and the general policy behind the law.

(iv) Mens rea *as a standard*

Although the principle of responsibility highlights the subjectivity of guilt, as do such earlier common-law phrases as "malicious design", "wicked mind", "vicious will" and "guilty mind", such guilt need not be totally subjective. For one thing, law sets objective standards and a person can be guilty without feeling or believing that he is. For another, since guilty intent must be inferred from external factors, an accused's actual state of mind may differ from that inferred.

First, criminal law imposes objective standards to which all must conform, as can be seen from the rules concerning motive and ignorance of law. Motive is generally irrelevant to guilt.[120] If criminal law forbids an act, then anyone committing it is (unless specifically exempt by law) criminally liable however laudable his motive: one who steals is guilty of a crime no matter what his motive — the law concerns itself with theft, not with the reason for it, and its standards are not those of individual defendants but those of the whole community. So too, ignorance of law is generally no excuse.[121] Because the standards of the criminal law are those of the whole community, individual members of it are assumed to know them and required to live up to them. Murder, robbery, theft and other real crimes which clearly violate community standards are known by all to be "off limits", whether or not they know the precise *Criminal Code* provisions.

At the same time, criminal guilt is never totally objective. However irrelevant a defendant's motives, morality and personal beliefs, his state of mind is always pertinent. Criminal law, like morality, is concerned not just with things that simply happen but with things that people do. Murder, robbery and theft are done by people who intend to kill, to rob, to steal. Crucial, then, in any criminal trial will be the question: what did the defendant mean to do? To this extent criminal liability remains subjective.

In fact objectivity and subjectivity are normally two sides of the same equation. Personal and legal guilt usually coincide, for murderers, robbers and thieves not only mean to murder, rob and steal but also know in general that they should not do so. Only in rare and marginal cases is there discrepancy, where religious belief or conscientious objection conflicts with criminal law. Normally, then, the need for subjectivity poses no problem for the objectivity of criminal-law standards. As Hall puts it, "the insistence that guilt should be personal must be interpreted to accord with the paramount value of the objectivity of the principle of *mens rea*".[122]

Second, *mens rea* must inevitably be proved by inference from external factors. In this regard our criminal law builds on common sense and presumes that basically people are psychologically equal. "Men", says Hale,[123] "are endowed with the two great faculties: understanding and liberty of will. And will, which presupposes understanding, is that which makes human actions commendable or punishable". So while this presumption can be rebutted by showing that an accused is unable to form *mens rea* by reason of infancy or insanity and is therefore not a proper subject for the criminal law, the normal individual is held to be responsible for his actions. Accordingly intent is normally inferred from external circumstances.[124]

Indeed, in earlier days the courts had little concern with the defendant's actual intent. Their primary concern was with the act from which they could infer the necessary "wicked intent". The more injurious the act, the stronger the presumption of wickedness — he who did evil was presumed to do it

with an evil mind unless the act and the surrounding circumstances pointed to accidents, mistakes, insanity and so on, which excused him.[125]

As time went on, the situation changed. Statutory creation of *mala prohibita* gave *mens rea* an air of artificiality. "Wickedness" could hardly be inferred from acts not wicked in themselves. Courts had two options: to restrict *mens rea* to mere states of mind or else to dispense with it entirely. They did both. On the one hand they readily interpreted statutes as impliedly dispensing with *mens rea* and creating strict-liability offences.[126] On the other hand they began to regard *mens rea* as devoid of any moral connotation and as simply relating to intent, recklessness or knowledge on the part of the defendant.[127]

(v) *The defeasible nature of* mens rea

In recent years writers like H. L. A. Hart and Peter Brett have stressed the fact that *mens rea* is a defeasible concept.[128] By doing so they take us back to Hale, who epitomized the common-law concept of criminal responsibility in the following terms:

> General notions or rules are too extravagant and undeterminate, and cannot be safely in their latitude applied to all civil actions; and therefore it has been always the wisdom of states and law-givers to prescribe limits and bounds to these general notions, and to define what persons and actions are exempt from . . . penal law in respect of their incapacity or defect of will.[129]

In other words, principles rationalize responsibility but cannot make it operational. Only rules do this.

Such rules qualify the general notions of the criminal law. They do so by exempting certain persons and actions from criminal responsibility. In consequence the traditional common-law approach to criminal responsibility is essentially negative, being less concerned with what responsibility is than with what it is not. So, just as Hale[130] defined and classified defences as "incapacities or defects", so too our *Criminal Code* nowhere defines criminal responsibility but sets out defences of insanity, self-defence and duress and so on. So too

with the case law, where courts less often define the meaning of *mens rea* than the meaning of its absence, as they have done most obviously with respect to mistake of fact.[131] In short the common-law approach is that once we define excuses and justifications, we have defined responsibility.[132]

Over the last century, however, scholars like Holmes, Salmond and others[133] developed a positive approach. By analysing the ingredients of offences into act and conduct, motive and intent, circumstances and consequences, they sought to reduce the gap between common sense and scientific knowledge. Instead of simply defining the different *mentes reae* of each crime, they attempted a general definition in terms of foresight of consequences.[134]

For all its useful insights, this analysis had unfortunate results. First, it exaggerated the split between *actus reus* and *mens rea*, which was discussed above. Second, it defined *mens rea* too positively, as though in murder cases for example the natural thing to ask is "did *D* do a voluntary act of killing *V* and did he have intent to kill?" whereas the common-sense question is "was there anything unusual in the circumstances to defeat the charge of murder, e.g. did *D* not know the gun was loaded?". Third, it attempted to reduce the question of responsibility to one of fact denuded of any normative or moral aspects.[135]

Both approaches to *mens rea*, the positive and negative approach, are found in present law. Take *The Queen v. King*.[136] Injected with pentothol by his dentist, *K* was warned not to drive until his head cleared, drove and was charged with impaired driving. His defence was lack of responsibility for his impairment. This was rejected by the trial court on the ground that the offence was one of strict liability and did not require *mens rea*. *K*'s conviction was quashed by the Court of Appeal and the Crown appealed to the Supreme Court of Canada. Here Taschereau J. adopted the positive approach, used the *actus reus/mens rea* dichotomy and held that the *actus reus* was the driving, that *K* was unconscious when driving, and that there was therefore no *actus reus*. Ritchie J., speaking for the majority, took the negative, more common-sense approach,

held that the court must look at the whole episode consisting of the administration of the drug, the warning and the driving, and determined *K*'s responsibility by applying the common-law defence of involuntary intoxication. Though both approaches turn eventually on the same issue (*K*'s appreciation of the drug's effect) and lead to the same conclusion (*K*'s acquittal), the negative approach is surely closer to common sense.

(vi) *Specificity and the rule of law*

In our law there is no such thing as criminal activity in general. An individual can only be charged with some specific offence. This is a direct corollary of the rule of law.

Put simply, the rule of law calls for "a government of laws and not of men". Ministers, executives and public servants must not be left entirely free to do just what they please; instead they must be subject to authority and have their powers defined and limited by law. The individual must not be at the mercy of his government but must be able to foresee the possibility of government intervention against him and to arrange his affairs in such a way that he steers clear of it. In order to be able to do this the citizen must have the preconditions of such intervention written down in black and white.

This doctrine is rooted in history. As early as the 13th century Bracton was asserting that the King was "under God and the law".[137] Four centuries later Coke was to rely heavily on this assertion in his opposition to James I.[138] Eventually it came to be accepted that, as Dicey[139] put it, no one was punishable except for a distinct breach of law and no one was above the law. In Canada the rule of law is implied theoretically by the preamble to *The British North America Act*, which states the intention of creating a constitution "similar in principle to that of the United Kingdom",[140] and has been applied in practice in the celebrated civil liberties cases of the 1950's.[141]

Within the particular context of the criminal law the doctrine claims that people should not be convicted except for breaches of already existing law — lawmakers should not create offences retroactively. In line with that principle the

Supreme Court of Canada in 1950 in *Frey v. Fedoruk*[142] decided that "if any course of conduct is now to be declared criminal, which has not up to the present time been so regarded, such declaration should be made by Parliament and not by the Courts". In line too with that selfsame principle in 1955 the revised *Criminal Code*, section 8 provided that "no person shall be convicted (*a*) of an offence at common law". Today, therefore, in Canada new crimes can only be created by Parliament.

The rule of law, then, has a twofold implication. Obviously, and most importantly, it applies to the executive — to ministers, public servants and other administrators, whose power must be kept within the confines of authority. Less obviously, but equally important for our purposes, it applies to the judiciary. If courts are to behave consistently, treat like cases alike and different cases differently, and avoid arbitrary reliance on personal preferences, they must be legally obliged to apply stable and consistent rules of law.

While the Special Part, however, of the criminal law must be specific, the General Part can be more open-ended. For while freedom from arbitrary oppression requires offences to be defined in fairly precise detail, fairness and justice require allowance to be made for all appropriate exonerating circumstances. Such circumstances cannot be completely catalogued beforehand — we cannot possibly know in advance all the excuses we may be prepared to accept when raised. This is why *mens rea* has been said to be a defeasible concept and why accusations are always open to some "yes, but" type of rebuttal. To allow for the operation of such rebuttals is the task of the General Part.

The above discussion, however, is not meant as an exhaustive treatment of the law on criminal liability. It has merely examined certain problems illustrating the operation of the more important rules concerning *actus reus*, *mens rea* and general defences and showing the tendency of criminal law towards formalism, over-emphasis on concepts and lack of recognition of the nature of "real life" situations.

Conclusion

The main thrust of this paper has been as follows. First, history has driven a wedge between the theory and the practice of the criminal law. As a result we find judges and scholars frequently pulling in opposite directions. Scholars have tended to concentrate on conceptual analysis of terms together with sophisticated exegesis of statutes and precedents. Judges have tended to take a more practical approach and operate by common sense. To scholars in the classroom judges have often seemed like poor relations unable to cope with the beautiful complexities of criminal law. To judges in the courtroom scholars have often seemed like ivory tower inhabitants quite out of touch with real life.

Second, this wedge between theory and practice has been doubly unfortunate. For, as this paper has argued, criminal-law theory needs to learn from practice and at the same time criminal-law practice needs to learn from theory. Criminal-law theory has to bear in mind that criminal law has basically to do with ordinary people — it is a highly practical, common-sense and down-to-earth area of law. At the same time criminal-law practice has to recognize that criminal law is not a catalogue of *ad hoc* rules and decisions but a branch of law rooted in moral principle.

Surely the time has come for both theory and practice to draw closer so that both may better recognize the nature of the criminal law. This nature — injunctions directed against wrongdoing and founded on moral principles — should be reflected in general in our *Criminal Code*. It should be reflected in particular in its General Part.

To assist this reflection our General Part needs to be allowed to fulfil its proper function in the criminal law. This function, it has been argued in this paper, is to avoid repetition, to order and systematize the law and to provide theoretical underpinnings in terms of the basic principle of responsibility.

Unfortunately our General Part fails to perform any of these functions adequately. As for avoidance of repetition, our General Part is obviously inadequate. Many of the general rules concerning our criminal law are scattered throughout the *Code* with resulting repetitiveness and lack of generality. This is true both as regards *mens rea* and as regards general defences.

As to order and systematization, our General Part fares no better. The scattering of general rules in the General Part of the *Code*, the Special Part and the common law robs our General Part of unity, simplicity and comprehensiveness. This can be seen particularly from the rules relating to *mens rea*, which have been largely left to common law, and from general defences not yet incorporated in the *Code*.

Finally, as to theoretical underpinnings, our General Part is sadly lacking, mainly for reasons of history. Nowhere does our *Criminal Code* express its basic principle, i.e. the principle of responsibility. Meanwhile that principle, left to common-law articulation, has acquired undue complexity, generated a variety of problems and lost the fundamental moral thrust which it originally encapsulated.

To recover that thrust our General Part needs to make a fresh start. It needs to steer clear of undue sophistication, to employ terms usable by judges in directing juries, to use such terms to codify rules existing in the *Code* or in the case law, and to express these rules in such a way as to bring up front the basic principles on which those rules are founded. In particular it needs to bring to the fore the most basic principle of all, the principle underlying the whole General Part, the principle forming the subject matter of this paper — the principle of responsibility.

Endnotes to the Role of the General Part

1. *Proprietary Articles Trade Association v. The Attorney General of Canada*, [1931] A.C. 310 at 324 (J.C.P.C.).

2. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965) 27.

3. Sir James Fitzjames Stephen (1829-1894) in *A General View of the Criminal Law of England*, published in 1863, made the first attempt since Blackstone to give a systematic statement to the principles of criminal jurisprudence. His subsequent endeavour, the 1877 *A Digest of the Criminal Law* was an attempt to codify criminal law. Later that same year, Stephen drafted *Indictable Offences*, a Bill which was in effect a criminal code. His last work *History of the Criminal Law of England* was published in 1883.

4. 2 Stephen, *History of the Criminal Law* (1883) 76.

5. Criminal law is generally divided into two categories, substantive law and adjectival, or as it is often called, procedural law. Substantive law is itself divided into two sub-categories, the General Part and the Special Part. Our *Criminal Code* contains a Special Part which creates offences, such as rape, theft, etc., and also a General Part which sets out rules which apply to the whole *Code*.

   Not all criminal offences are contained in the Special Part of the *Code*. Many offences have been created by particular statutes and defined within these statutes. For example, offences of possession or sale of narcotic drugs, are created and defined by the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3 and 4.

6. Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd Ed. 1961) v.

7. See n. 3, *supra*.

8. Sir William Blackstone (1723-1780) is remembered principally for his *Commentaries on the Laws of England* published in four volumes between the years 1765 and 1769. The importance of his work for the criminal law lies largely in his analysis of criminal offences and his detailed classification of offences in Volume 4 of the *Commentaries*.

9. Sir Matthew Hale (1609-1676) in his first contribution to criminal-law literature, *Pleas of the Crown or a Methodical Summary of the Principal Matters Relating to That Subject* (1678) produced what was in essence a classification of crimes. His *History of the Pleas of the*

Crown, published posthumously in 1736-39, was the first work in the professional literature to give a detailed discussion of the general part of criminal law.

10. Before Hale, most works written on criminal law concentrated on criminal procedure. They did not attempt to explain or organize the criminal law but tried only to outline it. In the first major work in criminal-law literature, Bracton's *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, which was unfinished at his death in 1268, there is hardly any classification of crimes. Among works published after Bracton, Lambarde's *Eirenarcha* (1610) attempted to classify crime but arrived only at creating a digest of cases.

11. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd Ed. 1960) 6. The 16th century marked a transition from a period of anonymous year book reports to a period of reports written by named authors, most of whom were judges or lawyers writing for their own use rather than for publication. These unofficial reports aided the lawyer in his practice and served the judge as handbooks or notebooks. Some of the most respected reports of the day were: Plowden's Reports (1549-1580); Dyer's Reports (1513-1582); Coke's Reports (1552-1635). For a complete list of law reports published in 16th and early 17th centuries see 5 Holdsworth, *A History of English Law* (7th Ed. 1956) 358-363.

12. Hall, *op. cit.*, at 9.

13. 1 Hale, *Pleas of the Crown* (1736) 14.

14. Hale's *History of the Pleas of the Crown* (1736) provided the first great peak in the English literature on criminal law. The influence of his treatise is manifested in the work of all subsequent textbook writers. Among the most important of these authors are Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown 1716-1721* (Reprinted in 1973); Foster, *Crown Cases* (3rd Ed. 1792); Russell, *Crimes and Misdemeanours* (12th Ed. 1964); Stephen's works mentioned in n. 3, *supra*; Kenny, *Outlines of Criminal Law* (19th Ed. 1966); Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd Ed. 1961).

15. *Read v. J. Lyons & Co. Ltd.*, [1947] A.C. 156 per Lord MacMillan, at 175.

16. Jerome Hall (1901-) is considered one of the foremost American legal writers of our time. His many works include: *General Principles of Criminal Law* (2nd Ed. 1960); *Theft, Law & Society* (2nd Ed. 1952); *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory* (1958); *Foundations of Jurisprudence* (1973).

17. General criminal-law jurisdiction is not exercised by the Commonwealth of Australia but vested in the different States.

    Howard, *Australian Criminal Law* (2nd Ed. 1970) and following.

18. *New Zealand Crimes Act*, 1961.

19. In the United States substantive criminal law falls mainly within the jurisdiction of the individual States. Bassiouni, *Substantive Criminal Law* (1978) 3 and following.

20. In early Canadian history each territory in Canada, except Québec, was governed by the criminal law in force in England. Later, English criminal law was imposed on Québec as well by the *Quebec Act, 1774*. In addition, each territory was given some limited power to change this English law.

    At Confederation power over the area of criminal law was assigned to the federal government under *The British North America Act, 1867*.

    The challenge given the new Canadian government was to pull together the existing criminal law, which was made up of common law, English statute law, and Canadian pre-Confederation statutes, into a unified Canadian system.

    First, to remedy the problem of the differing legislation which existed in each territory, the government passed a series of statutes to standardize criminal procedure, offences relating to property and offences against the person.

    Because these *ad hoc* provisions failed to create a homogeneous Canadian criminal law, the government turned to England's studies on codification, begun in 1838, for a possible solution to the problem. Impressed by the simplicity and clarity of codified law, and also with Stephen's work in the area (see note 3, *supra*) in 1891 the government introduced in Parliament a measure to codify criminal law.

    The draft bill, embodying many of the provisions in Stephen's Code, was first referred to judges and lawyers for their comments, then it was re-introduced in Parliament and was adopted in 1892. The draft of the Bill was completed by Robert Sedgwick, Deputy Minister of Justice, and by Mr. Justice G. W. Burbidge. The basic influences which shaped the draft were Canadian statute law and a version of Stephen's *Digest* adopted for Canadian use by Mr. Justice Burbidge in 1889.

    The *Code* was amended many times between 1892 and 1955 to correct problems and meet new situations. In 1955 the *Code* was revised. This revision made no substantial alteration in the law but it did abolish all common-law offences, offences under Imperial Acts, and offences under pre-Confederation statutes.

    See also Mewett & Manning, *Criminal Law* (1978) 1-10; and Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* (1969).

21. 55 & 56 Vict., c. 29.

22. See n. 3, *supra*.

23. 55 & 56 Vict., c. 29, Part II, Matters of Justification or Excuse.

24. R.S.C. 1970, c. C-34, Part I — General.

25. *Id.*, s. 7.

26. *Id.*, s. 2.

27. *Id.*, sections 207, 208, 209, 211.

28. *Id.*, s. 215.

29. *Id.*, subs. 386(1).

30. *Id.*, subs. 159(6).

31. *Id.*, s. 146.

32. For examples see *id.*, s. 170 (nudity); subs. 159(2) (obscenity); s. 305 (extortion); s. 307 (unlawful presence in a dwelling).

33. MacLeod & Martin, "Offences and Punishments under the New *Criminal Code*" (1955) 33 *Can. Bar Rev.* 20 at 23-27.

34. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd Ed. 1960) 17.

35. R.S.C. 1970, c. C-34, s. 210.

36. *Id.*, s. 12.

37. Hall, *op. cit.*, at 8.

38. *Id.*, at 1.

39. *Ibid.*

40. In the importance of distinguishing side-constraints or limiting principles governing an institution from its general justifying aim, see Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) 9-10. See also Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974) 28-35.

41. Fitzgerald, "Law and Systems" (1975) 14 *Western Ontario Law Review* 215. For further reading on the differences between rules and principles see Dworkin, *Is Law a System of Rules* in *Essays in Legal Philosophy* (Ed. Summers 1968) 25; Hall, *op. cit.*, at 17-26; and see the Law Reform Commission of Canada's Study Paper *Criminal Law: Towards a Codification* for the role that rules and principles play in criminal law.

42. See n. 101, *infra*. See nn. 98 and 99, *infra*.

43. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) 576.

44. [1960] S.C.R. 804, 33 C.R. 293, 33 W.W.R. (N.S.) 360, 128 C.C.C. 1, 25 D.L.R. (2d) 145.

45. Turner, *The Mental Element in Crimes at Common Law* in *Modern Approach to Criminal Law* (Eds. Radzinowicz & Turner 1948) 195.

46. *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, 33 C.C.C. (2d) 473, 37 C.R.N.S. 60, 74 D.L.R. (3d) 103.

47. See *The Queen v. Natarelli and Volpe*, [1967] S.C.R. 539, [1968] 1 C.C.C. 154, 1 C.R.N.S. 302 and *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35, 36 C.R.N.S. 1 (Ont. C.A.).

48. The classic definition of mistake of fact requires that an accused, at the time he committed the offence, believed in a state of facts and, that this belief was based on good faith and reasonable grounds (see *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168 at 188). Recent cases however

insist that the true test for mistake of fact is the honesty of the belief entertained by the accused (see Cartwright J.'s judgment in *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531 at 538, 118 C.C.C. 129 at 137 and *R. v. Morgan*, [1976] A.C. 182 at 203).

The comments made above are limited to true crimes. In the area of strict liability a mistake of fact must be reasonable.

49. (1889), 23 Q.B.D. 168 at 187.

50. This maxim has a long and somewhat obscure history (Hall, *op. cit., supra*, at 80). Alternatively the maxim may have made its first appearance at a later date as *ream linguam non facit nisi mens rea* from St. Augustine's work, *Sermones*, no. 180, c. 2 (Kenny, *op. cit., supra*, at 13).

The maxim was restated in the 12th century by Henry I as *reum non facit nisi mens rea* in *Leges Henrici Primi* (Sayre, "*Mens Rea* " (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 974 at 983). The current version of the maxim *actus non facit reum nisi mens rea* which came into use sometime after the 12th century was first mentioned by Coke in *Institutes of the Laws of England* (1642) Part III 107. See also Broom, *Legal Maxims* (10th Ed. 1939) 207.

51. The derivation comes from the Latin word *respondere* (to answer). On responsibility generally see Hart, *op. cit., supra*, and "Varieties of Responsibility" (1967) 83 *L.Q. Rev.* 346 at 363.

52. See Pound's *The Spirit of the Common Law* (1921). Pound sees four stages of legal evolution: first a stage which developed "composition for the desire to be avenged", second a stage of strict law with inflexible rules, third a stage of equity or natural law and fourth a stage resulting from the marriage of certainty and equity. For criticism of this view see Falk Moore's *Law as Process* (1978) 82 and following. As Moore observes, "the tenets which Pound used to characterize stages of legal evolution . . . are more illuminating, not when taken literally, but . . . when studied as a system of categories and legitimating classes, or as ideological aphorisms" (*op. cit.*, at 85).

53. In Exodus XXI : 28 we find the statement "If an ox gore a man or woman, that they die; then the ox shall be surely stoned and his flesh shall not be eaten . . .". For more information on ancient notions of criminal responsibility see *ibid.* and 2 Holdsworth, *A History of English Law* (7th Ed. 1956) 46-47.

54. The noted criminal-law writer Glanville Williams defines the concept of *actus reus* and *mens rea* as follows: *Mens rea* refers to the mental element necessary for a particular crime. This element can be either the intention to do the act, or bring about the consequences, or, in some cases it may be intention or recklessness as to the elements constituting the *actus reus*. *Actus reus*, on the other hand, comprises the whole situation proscribed by law with respect to the particular offence, with the exception of the mental element (*Criminal Law: The General Part* (2nd Ed. 1961) 18 and 31).

55. Dicey, *Law and Opinion in England* (1905). Dicey's book outlines the growth of legislation to promote social reform generally and to create rights for individual groups, such as married women and workers. At 359-396 Dicey deals with legislative changes which allowed married women to be treated in law as single women. At 219-242 he sets out how the legislature dropped its *laissez-faire* approach to industrial problems and began to regulate factories. See also Wolfgang Friedmann, *Law in a Changing Society* (2nd Ed. 1972) 46-47.

56. Holmes, *The Common Law* (1881) 6-7.

57. Winfield, "The Myth of Absolute Liability" (1926) 42 *L.Q. Rev.* 37.

58. Holmes, *op. cit.*, at 2; "Revenge is a kind of Wild Justice" *Bacon's Essays* (Ed. West 1897) Essay IV of Revenge 11. See also Manser, "It Serves You Right" (1962) 37 *Philosophy* 293.

59. See also Hobbes, *Leviathan* (1651) Chap. XIII; Rommen, *The Natural Law* (1947) 82-86.

60. 1 Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883) 61.

61. *Ibid.*, at 60.

62. See n. 61, *supra*.

63. A detailed history of the extension of this concept may be found in Allen, *The Queen's Peace* (1953) 3-35; 2 Pollock & Maitland, *The History of English Law* (2nd Ed. 1898) 453-464.

64. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1970) 143-145.

65. It is generally believed that Jewish penal law was extremely harsh. In fact, although the "criminal code", the Penitude, was very strict and very severe, the law in its application was quite humane due to the rules of procedure which were designed primarily to protect the accused. For example, at trial the prosecution not only had to prove that the accused committed the prohibited act but also that the accused was guilty in his heart.

    Not only was the concept of moral fault an integral part of a Jewish criminal trial, it was also a main theme of Jewish prophetic writing. These prophetic writings were the main source of inspiration of the early philosophers of the Christian era, like St. Augustine and Saint Justin Martyr. St. Augustine states "man has a free will to do evil or good and this must be so, for unless acts are committed voluntarily their punishment would not be just". (Augustine, *The Free Choice of Will*, Books I-III and *Retractions*, Book I, Chap. 9.) See also, Justin Martyr, *The First Apology*, Chaps. 42-46.

    This reasoning was also adopted by an early and a major proponent of the natural law, who refers to the relationship between man's destiny and his free will in three main parts of his *Summa Theologiae*, Part I, Question 22, Article 2, Answer to the fourth Question, Part I, Question 1, Article 1; I-II Prologue.

66. See n. 2, *supra*.

67. People generally think of crimes as wrongful acts quite apart from the law. "The term 'criminal' is generally reserved for those who commit crimes of violence and dishonesty": Fitzgerald, *Criminal Law and Punishment* (1962) 4. See also, 2 Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883) 75-77. For a discussion of the difference between *mala in se* and *mala prohibita* see Fitzgerald, "Real Crimes and Quasi Crimes" (1965) 10 *Natural Law Forum* 21 and Kenny, *op. cit.*, *supra*, at 28-29.

68. As Lord Devlin states, the law's function is not simply to protect individuals from injury, annoyance, corruption and exploitation. The law also must protect the institutions and the community of ideas, political and moral, without which people could not live together: Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965) 22.

69. 1 Holdsworth, *A History of English Law* (7th Ed. 1956) compurgation 305-308; trial by battle 308-310; trial by ordeal 310-312.

70. Radcliffe & Cross, *The English Legal System* (6th Ed. 1977) 67.

71. Brett, in *An Inquiry into Criminal Guilt* (1963) 140, describes the Holmesian view that our inability to ascertain the state of a man's mind obliges us to determine his guilt by external criteria. Williams, *op. cit.*, *supra*, at 89-98 also looks at a product of this "external" view in his examination of the "presumption of intention". This is a presumption of fact that an accused's guilty intent can be inferred simply from looking at his acts. For a historical account of the development of trial evidence and procedure see 1 Wigmore, *On Evidence* (3rd Ed. 1940) 14-25.

72. In 1898 the *Criminal Evidence Act* made the accused and his or her spouse competent but not compellable: Radcliffe & Cross, *op. cit.*, at 348-349; 9 Holdsworth, *A History of English Law* (7th Ed. 1956) 123. For a detailed account of the change in the jury's role from givers of evidence to interpreters of evidence see 1 Holdsworth, *op. cit.*, at 332-337.

73. The expression "positivism" is used to designate one or more of the following contentions: (1) that laws are commands of human beings; (2) that there is no necessary connection between law and morals, or law as it is and law as it should be; (3) that the analysis or study of meanings of legal concepts is an important study but to be distinguished from (though in no way hostile to) historical inquiries, and the critical appraisal of law in terms of morals, social aims, functions, etc.; (4) that a legal system is a closed logical system in which correct decisions can be deduced from predetermined legal rules by logical means alone; (5) that moral judgments cannot be established as facts can by rational argument, evidence or proof (Hart, *The Concept of Law* (1961) 253-254).

    The following are some of the principal positivist writers:

    1. Jeremy Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined* (Ed. 1945) and *Fragment of Government* (1891).

2. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) and *Lectures on the Philosophy of Positive Law* (3rd Ed. 1869).

3. J. C. Gray, *The Nature and Source of Law* (1902).

4. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949).

74. *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168 at 185.

75. See Stallybrass, "The Eclipse of *Mens Rea*" (1936) 52 *L.Q. Rev.* 60 at 64.

76. A regulatory offence is one in which, to prove the accused guilty, the prosecution needs to prove only that the accused did the act alleged; it is not required to prove that the act was done with guilty intent. Sayre, the major proponent of regulatory offences, endorses their use only for crimes carrying small fines and involving no moral delinquency. According to Sayre "true crimes of classic law" should not be subjects for the strict liability of the regulatory offence ("Public Welfare Offences" (1933) 33 *Colum. L. Rev.* 55). Perkins, another proponent of the regulatory offence in "The Civil Offence" (1952) 100 *U. of P. L. Rev.* 832 categorically states that regulatory offences were never part of the criminal law. He asserts that a *malum prohibitum* (something wrong only in that it is against the law) is not a crime. Perkins claims that this has always been recognized, and has been underscored by such noted criminal-law authors as Blackstone, Kenny and Roscoe Pound. As evidence for his conclusion Perkins points to the fact that there is a persistent search for the appropriate label for these offences such as "public tort", "public welfare offence" and "quasi-crime". On the subject generally see also Edwards, *Mens Rea in Statutory Offences* (1955).

    For a thorough analysis of how Canadian Courts have dealt with regulatory offences see Jobson, "Far from Clear" (1975-76) 18 *Cr. L. Q.* 294.

    The recent case of *The Queen v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, 40 C.C.C. (2d) 353, 3 C.R. (3d) 30 may have great repercussions in this area of the law. In this case the City of Sault Ste. Marie hired independent contractors to dispose of the city's garbage. In disposing of the garbage the contractors polluted a nearby creek and river. The City was charged with pollution. The Supreme Court of Canada held that the offence was one of strict liability and therefore the doing of the prohibited act *prima facie* imported the offence. However, the Court held, the City could avoid liability by proving that it took all reasonable care in the circumstances. A new trial was granted to give the City an opportunity to prove that they were duly diligent.

77. See the cases of *Sweet v. Parsley*, [1970] A.C. 132 at 149, [1969] 1 All E.R. 347 at 350, [1969] 2 W.L.R. 470; *The Queen v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5 at 17, [1970] 5 C.C.C. 193, 12 C.R.N.S. 272, 12 D.L.R. (3d) 591; *The Queen v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299 at 1312.

78. See n. 76, *supra*.

79. Criminologists like Garofalo, in *Criminology* (1914) and Lombroso in *Crime: Its Causes and Its Remedies* (1911) have questioned whether *mens rea* is a good principle on which to base criminality. Barbara Wootton in *Social Science and Social Pathology* (1959) and *Crime and Criminal Law* (1963) contends that *mens rea* has become an outdated concept by reason of the proliferation of regulation offences, that responsibility can no longer in a time of broadening psychological horizons be seen in black and white terms and that a new basis of criminal culpability must be established. See also Jacobs *Criminal Responsibility* (1971) 143-172.

The idea of criminals not as wrongdoers deserving punishment, but as unfortunate and sometimes dangerous people needing help, rehabilitation, and neutralization has permeated the criminological literature of the last two decades. See Teeters and Barnes, *New Horizons in Criminology* (3rd Ed. 1959) 468-481; Sutherland and Cressey, *Criminology* (19th Ed. 1978) 360-384.

A psychiatrist who takes an approach which is similar to the criminologists' approach is Szasz in *Law, Liberty and Psychiatry* (1963) 123-127.

80. Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) 177-185.

81. Hart, *op. cit.*, at 6.

82. Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* (1976) 5-6, 20-21.

83. *Ibid.*, and Law Reform Commission of Canada, *Studies on Strict Liability* (1974).

84. Etymologically "person" designated the mask worn by an actor on the Roman stage. Later it denoted roles played by wearers of such masks — the *dramatis personae*. Later still it described roles played upon the wider stage of life. Finally, it referred to beings capable of playing such roles — people. The original meaning of person draws a distinction mirrored in our laws. In plays we have the characters, the properties and the stage itself; in law and life we have people, things, and the environment. Whether on stage or off it then, persons are creatures who choose, plan, wish, intend, and act accordingly. Subjects rather than objects, they do things rather than simply have things done to them.

No legal system can totally neglect this factor; even an Austinian system of commands needs people to issue, apply and enforce it, even a system making us treat persons as things must treat the treaters as persons. Persons then, are essential features of the social landscape. This being so, human society could hardly exist without allowing for the way we react to persons — without praise or blame, without some notion of 'fault' or 'excuse'. If it did, it would so differ from societies we know as not to qualify as "human". Still more important, it might well turn out to be psychologically impossible since human interaction involves reacting to people as moral agents.

85. Coke, *Institutes of the Laws of England* (19th Ed. 1832) Part I 97b.

86. 4 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769) 405.

87. See Simpson, *The Common Law and Legal Theory* in *Oxford Essays in Jurisprudence*, second series (Ed. Simpson 1973) 78-79, 98-99.

88. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Ed. Hart 1954).

89. *Ibid.*, at 191.

90. Analogy, employed in early times to bring fairness and continuity to law, forms the basis of our common-law system of precedent, or *stare decisis*. The principle dictates that a judge, when deciding a case before him in a particular area of law, must draw an analogy between the current case and cases previously decided in the same area. If the current case has most of the same relevant factors as a previous one, it should be decided in the same way. For more on the role of analogy see Guest, *Logic in the Law* in *Oxford Essays in Jurisprudence*, (Ed. Guest 1961) 190-193; Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1954) 52; Cross, *Precedent in English Law* (2nd Ed. 1968) 182-192.

    The quintessential statement on *stare decisis* was perhaps Parke J.'s dictum in *Mirehouse v. Rennell* (1833), 1 Cl. & Fin. 527 at 546. Parke J. stated: "Our common law system consists in applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents, and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise and we are not at liberty to reject them; and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised. It appears to me to be of great importance to keep this principle of decision steadily in view, not merely for the determination of the particular case, but for the interests of law as a science." For general reading on *stare decisis* see Allen, *Law in the Making* (7th Ed. 1964) 161-366 and Salmond, *On Jurisprudence* (12th Ed. 1966) 141-188.

91. Simpson, *op.cit.*, at 99.

92. A complete outline of the growth of law reporting may be found in Daniel, *The History and Origin of the Law Reports* (1884); Allen, *op. cit.*, at 187-235; Dias, *Jurisprudence* (4th Ed. 1976) 166-169.

93. Many changes occurred in England in the 19th and early 20th centuries to bring about changes in the judicial attitude. Within a few years of the *Judicature Acts* 1873-1875 (which fused the administration of law and equity) the normal mode of trial came to be by a judge alone. Within a few years of the passing of these Acts, the use of juries in civil cases at common law declined drastically; from 1885 until 1916 roughly half the cases heard in the King's Bench division were before a judge. The shortage at manpower during 1917 led to restrictive measures and in the early 1920's jury trial was at a very low ebb. A small measure of recovery took place, aided by the repeal of the restrictive measures in 1925, but the popularity of the jury trial again declined. There were severe restrictions upon jury trial during the war,

and since these were revoked in 1947 there has been an even lower proportion of jury trials than before the war.

Juries have never been popular in county courts, and changes in the right to jury trial were made on the same lines as for the King's Bench, the rules governing county courts being enacted in the *County Courts Act* 1934. The result was a virtual end to jury trial in county courts. Juries are not used in Chancery Division or in the Admiralty Court. In defended divorce cases and in contested probate cases there are no restrictions and either party may apply for a jury, but this occurs in very few cases; recently there has been on average less than one case a year tried by jury. (R. M. Jackson, *The Machinery of Justice in England* (6th Ed. 1972) 91-92.)

In 1966 Devlin pointed out that as far as criminal matters are concerned approximately 85% of offences are tried without a jury (Devlin, *Trial by Jury* (1966) 129-130).

In Canada, in the first year after Confederation Ontario made a severe inroad on the civil jury by providing that civil actions were to be tried by judge alone unless either party served notice that he wished the action to be tried by a jury. A similar rule was not adopted in England until 1883.

In 1969 Laskin pointed out that while the practice on civil jury trials varied from province to province, as a general rule few civil trials were held with juries. In Manitoba between the years 1944-1969 there were only 4 civil trials with juries. In Nova Scotia only 24 cases were set down for trial by jury in the years 1967-1968 and of these only half went to trial. The only province in which civil jury trials enjoy a limited popularity is in Ontario. There were 232 jury trials in Supreme Court actions in Ontario in 1967 and 179 in 1968. In the two years a total of 1,700 actions were started in which jury trials were sought.

On the criminal side, trial by jury was becoming less frequent each year. In 1906 the percentage of cases tried by jury was 7.4. By 1966 it had dropped to 2.1 (Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* (1969) 42-49).

The middle of the 19th century also marked the beginning of a new source of legal comment, the law reviews. They featured reviews of important current court decisions. The first review in Canadian common-law jurisdiction was the Upper Canada Law Journal, published from 1855 to 1864 and the earliest civil-law journal was the Lower Canada Law Journal 1866-1868.

The following are some of the early journals which started publication after Confederation:

1. *La Revue légale* 1869-92 (Discontinued for two years, new series 1895 to date).

2. *The Canadian Law Journal* 1865-1922 and the *Canadian Law Times* 1881-1922 (united in 1923 to form the Canadian Bar Review).

3. *Western Law Times* 1889-1896.

4. *Manitoba Law Journal* 1884-85.

A change which occurred in the early 20th century was the institution of full appeals in England in 1907 by virtue of the *Criminal Appeal Act*. In 1923, similar provisions were enacted in Canada which provided for appeals proper in criminal matters for the first time. The notable difference was that under the Canadian statute a new trial could be ordered whereas under English law the Court of appeal could only quash the decision and enter a verdict of acquittal.

94. 1 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765) 70.

95. For the development of binding precedent in English law, see Ellis Lewis, "The History of Judicial Precedent" (1930) 46 *L.Q. Rev.* 207 at 341, (1931) 47 *L.Q. Rev.* 411 and (1932) 48 *L.Q. Rev.* 230.

96. *Debet esse finis litium* is first cited in Jenk. Cent 61; Case XV, 145 E.R. 44. The maxim is also found in Coke, *op. cit.*, 303(a)-(b), as *expedit rei publicae ut sit finis litium* meaning "it is for the public good that there be an end to litigation".

97. The amount of legislation passed by the Parliaments of England and Canada today is much greater than it was in the 19th century. While the number of acts passed in a given sitting of Parliament has remained approximately the same, the number of pages of legislation has increased dramatically. In England in 1876 the legislature passed 81 Acts totalling 512 pages. In 1976 the English legislature passed 86 Acts but in 2,079 pages. In the first session of the First Parliament of Canada, 1841, 4 & 5 Vict. our legislature passed 100 Acts in 138 pages whereas in the First Session of the 30th Parliament Sept. 30, 1974-Oct. 12, 1976 our legislature passed 60 Acts in 1,310 pages.

98. (1889), 23 Q.B.D. 168.

99. *Ibid.*, at 187-188.

100. Guest, *op. cit.*, at 176. See also Wasserstrom, *The Judicial Decision* (1961) 12-28 and Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949).

101. "Prohibitions del Roy" (1607) 12 *Co. Rep.* 63 at 65.

102. Holmes, *The Common Law* (1881) 5.

103. *Hedley Byrne and Co. v. Heller and Partners*, [1964] A.C. 465 at 516, [1963] 2 All E.R. 575 at 602.

104. This is an approach first adopted by Lord Birkenhead in *D.P.P. v. Beard*, [1920] A.C. 479. This approach has been resurrected in many recent decisions, see *D.P.P. v. Majewski*, [1977] A.C. 443 at 479, and *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, 33 C.C.C. (2d) 473, 37 C.R.N.S. 60.

105. Lucas, in "Not 'Therefore' But 'But'" (1966) 16 *Philosophical Quarterly* 289 calls this process development by dialectic reasoning.

106. Brett, *An Inquiry into Criminal Guilt* (1963) 40, 41; Hart, "Ascription of Responsibility and Rights" (1949) 49 *Proc. Arist. Soc.* 171, 179.

107. Wittgenstein, *Tactus Logico - Philosophicus*, 4.112.

108. The following authors have commented on the prestige of deductive reasoning; Toulmin, *Uses of Argument* (1964) 149; Salmond, *On Jurisprudence* (12th Ed. 1966) 183-188.

109. *Whiteley v. Chappell* (1868), L.R.4 Q.B. 147.

110. (1850), 2 Den 35, 169 E.R. 407.

111. Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd Ed. 1961) 23-27.

112. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd Ed. 1960) 228.

113. *Ibid.*, at 230.

114. 1 Hale, *Pleas of the Crown* (1736) 434.

115. *Fain v. Commonwealth* (1879), 78 Ky. 183, 39 Am. R. 213.

116. Williams, *op. cit.*, at 11; Smith & Hogan, *Criminal Law* (4th Ed. 1978) 34-38.

117. Kenny, *op. cit.*, at 26.

118. See Smith and Hogan, *Criminal Law* (4th Ed. 1978) 45; Hall, *op. cit.*, *supra*, at 190-207; Glazebrook, (1960) 76 *L.Q. Rev.* 386.

119. [1969] 1 Q.B. 439.

120. Williams, *op. cit.*, at 49.

121. *Ibid.*, at 288.

122. Hall, *op. cit.*, at 104.

123. 1 Hale, *op. cit.*, at 14.

124. This is the so-called presumption of intent. See n. 71, *supra*.

125. The case of *R. v. Dixon* (1814), 105 E.R. 516 illustrates that the more serious the offence and the consequences which flow from it, the more likely it is that the Court will find the accused responsible for the offence. See also n. 71, *supra*, on the presumption of intent.

126. See Sayre, "*Mens Rea*" (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 974; Law Reform Commission of Canada, *Studies on Strict Liability* (1974); Stallybrass, "The Eclipse of *Mens Rea*" 52 *L.Q. Rev.* 60; Sayre, "Public Welfare Offences" (1933) 3 *Colum. L. Rev.* 55; Sayre, *The Present Signification of Mens Rea in the Criminal Law* in *Harvard Legal Essays* (Ed. Pound reprint 1967) 399.

127. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) 396.

128. See n. 106, *supra*.

129. 1 Hale, *op. cit.*, at 15.

130. *Ibid.*

131. An example of this reasoning is the statement made by Sir Richard Counch in *Bank of New South Wales v. Piper*, [1897] A.C. 383 at

389-390, "the absence of *mens rea* really consists in an honest and reasonable belief entertained by the accused in the existence of facts which if true would make the act charged against him innocent".

132. Brett, *op. cit.*, at 40.

133. See Austin, *Lectures on Jurisprudence XVII-XIX*; Holmes, *The Common Law* (1881) 54, 91; Fitzgerald, *Acts and Involuntary Acts* in *Oxford Essays in Jurisprudence* (Ed. Guest 1961) 1 and Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) 99 n. 24.

134. Kenny, *op. cit.*, at 32-35.

135. Fletcher, *op. cit.*, at 491-504.

136. [1962] S.C.R. 746, 38 C.R. 52, 35 D.L.R. (2d) 386.

137. Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* f. 5b.

138. Coke argues for the supremacy of law in "The Case of Proclamations" (1611) 12 *Co. Rep.* 74 at 76, 77 E.R. 1352 at 1354.

139. Dicey, *The Law of the Constitution* (9th Ed. 1956) 193.

140. *The British North America Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.); R.S.C. 1970, App. II, No. 5.

141. *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, 16 D.L.R. (2d) 689.

142. [1950] S.C.R. 517 at 530, 97 C.C.C. 1, [1950] 3 D.L.R. 513.

© Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1982

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à:

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau nº 2180
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

Nº de catalogue J32-1/29-1982
ISBN 0-662-51429-7

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 29

DROIT PÉNAL

PARTIE GÉNÉRALE:

RESPONSABILITÉ ET MOYENS DE DÉFENSE

1982

Avis

Dans ce document de travail, la Commission présente la première tranche d'importance de la partie générale d'un *Code criminel* canadien remanié. Dans un projet très détaillé et accompagné de commentaires explicatifs, la Commission s'est donné pour but de définir, dans toute leur portée, les principes fondamentaux de la responsabilité et des moyens de défense en droit pénal. La Commission désire connaître la réaction de tous les membres du barreau, de la magistrature et des organismes législatifs, ainsi que du public, qui voudront bien lui faire part de leurs commentaires sur le projet. Comme pour le reste de la partie générale, la Commission présentera son rapport au Parlement à une date ultérieure, après avoir pris en considération les observations du public et après avoir réexaminé un certain nombre des règles de fond et des règles de procédure du droit pénal canadien.

Aussi est-ce avec gratitude que la Commission recevra tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

Francis C. Muldoon, c.r., président
Réjean F. Paul, c.r., vice-président
Louise D. Lemelin, commissaire
Alan D. Reid, commissaire*
J. P. Joseph Maingot, c.r., commissaire*

Secrétaire

Jean Côté

Conseillers spéciaux

Patrick J. Fitzgerald
Jacques Fortin

De nombreuses personnes ont contribué au présent document. La Commission témoigne toute sa gratitude aux membres du conseil consultatif sur le droit pénal qui, lors de nombreuses discussions et maintes rencontres, ont étudié attentivement avec elle le document dans sa totalité. La Commission désire par ailleurs souligner l'apport tout particulier de Sir Rupert Cross, aujourd'hui décédé, qui a analysé plusieurs aspects du document avec elle. Elle tient enfin à remercier les personnes suivantes:

Anciens commissaires

L'honorable juge Antonio Lamer
L'honorable juge Gérard V. La Forest
Monsieur le professeur Jean-Louis Baudouin, c.r.
Monsieur le juge Edward James Houston
L'honorable juge Jacques Ducros

---

*N'était pas membre de la Commission lorsque le texte du présent document fut approuvé.

Conseillers de recherche et collaborateurs

Gisèle Côté-Harper
Tanner Elton
Elizabeth Gilhooly
Joyce Miller
Graham Parker

Table des matières

AVANT-PROPOS 1

INTRODUCTION 3

Le rôle de la partie générale 3
La partie générale du *Code criminel* actuel 4
Pour une partie générale améliorée 5
Responsabilité et moyens de défense 6
Le projet proposé 8
Les limites du projet 9
Les problèmes posés par la responsabilité pénale .. 10

I. LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ 11

Disposition proposée (art. 1) 12
Commentaires sur la disposition proposée 13

II. LES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE 15

1. Conduite 15
Disposition proposée (art. 2) 22
Commentaires sur la disposition proposée 22

2. L'élément moral 23
Disposition proposée (art. 3) 28
Commentaires sur la disposition proposée 28

III. LES MOYENS DE DÉFENSE 37

A. Exemptions 39
1. Minorité 39
Disposition proposée (art. 4) 42
Commentaires sur la disposition proposée .. 43
2. Troubles mentaux 44
Disposition proposée (art. 5) 54
Commentaires sur la disposition proposée .. 55
B. Excuses 60
1. Intoxication 60
Disposition proposée (art. 6) 65
Commentaires sur la disposition proposée .. 66
2. Automatisme 71
Disposition proposée (art. 7) 75
Commentaires sur la disposition proposée .. 76
3. Contrainte physique et impossibilité absolue 78
Disposition proposée (art. 8) 80
Commentaires sur la disposition proposée .. 80
4. Erreur de fait et ignorance 80
Disposition proposée (art. 9) 84
Commentaires sur la disposition proposée .. 85
5. Ignorance de la loi et erreur de droit 88
Disposition proposée (art. 10) 94
Commentaires sur la disposition proposée .. 94

6. La contrainte morale 97
Disposition proposée (art. 11) 100
Commentaires sur la disposition proposée .. 101
7. La nécessité 106
Disposition proposée (art. 12) 112
Commentaires sur la disposition proposée .. 112

C. Justifications 114
1. La légitime défense 115
Disposition proposée (art. 13) 119
Commentaires sur la disposition proposée .. 120
2. La défense des biens 123
Disposition proposée (art. 14) (biens mobiliers) 125
Commentaires sur la disposition proposée .. 126
Disposition proposée (art. 15) (biens immobiliers) 128
Commentaires sur la disposition proposée .. 129
3. L'application de la loi 130
Disposition proposée (art. 16) 133
Commentaires sur la disposition proposée .. 134
4. L'aide légitime 139
Disposition proposée (art. 17) 140
Commentaires sur la disposition proposée .. 140

SOMMAIRE DES DISPOSITIONS PROPOSÉES 141

RENVOIS DE LA PARTIE GÉNÉRALE 151

ANNEXE «A» — LE CONSENTEMENT 157
ANNEXE «B» — LE DROIT DE CORRECTION 159

ANNEXE «C» — LA CHARGE DE LA PREUVE 161

ANNEXE «D» — LE TRANSFERT D'INTENTION 163

ANNEXE «E» — LE RÔLE
DE LA PARTIE GÉNÉRALE 165

RENVOIS DE L'ANNEXE «E»:
LE RÔLE DE LA PARTIE GÉNÉRALE 225

Avant-propos

Le présent document de travail, qui porte sur le droit pénal et qui est intitulé *Partie générale — responsabilité et moyens de défense*, est le fruit d'un travail considérable de la part des commissaires qui se sont succédé, de nos conseillers, de l'équipe de recherche et, dans une mesure moindre mais tout de même importante, de bon nombre d'experts-conseils de l'extérieur. C'est pourquoi les propositions formulées dans le présent document ont été passées au crible tant par les commissaires actuellement en fonction que par ceux dont le mandat s'est terminé avant la fin de cette vaste étude. En outre, MM. les professeurs Patrick Fitzgerald et Jacques Fortin, coordonnateurs de la section de recherche, ont fourni un travail constant, innovateur et intelligent dans la réalisation de ce projet.

Puisque plusieurs commissaires et experts-conseils de l'extérieur ont tour à tour examiné soigneusement le présent projet, il va sans dire que les propositions formulées dans ce document de travail ne jouissent pas toutes de l'assentiment de chacun des commissaires. Cependant, tout le monde s'entend pour dire qu'il est utile et souhaitable de codifier les règles qui régissent la responsabilité et les moyens de défense en droit pénal canadien. En effet, la Commission s'est donné pour but de revoir le droit pénal canadien en profondeur, et ce projet a été accueilli avec enthousiasme par les gouvernements fédéral et provinciaux du Canada, de même que par la magistrature, les facultés de droit, le public et les media d'information. Le présent document de travail porte sur une partie importante de cette révision du droit pénal.

Bien sûr, nous ne nous attendons pas à ce que les propositions importantes et innovatrices que contient ce document

soient acceptées unanimement par le public et les juristes. Cependant, il vaut la peine d'examiner ces propositions d'une manière critique et objective, car elles sont le résultat d'une importante étude sur la responsabilité et les moyens de défense en droit pénal canadien. C'est à la faveur des commentaires avisés des lecteurs sur ces propositions que les fruits de cette étude pourront, si l'on nous permet cette métaphore, mûrir et permettre d'amorcer la réforme du droit pénal canadien.

La matière est tellement vaste et complexe qu'il nous est impossible de présenter un ensemble complet et autonome de recommandations provisoires, qui puisse à lui seul faire l'objet d'un seul et même texte législatif. Nous aurions pu nous réunir à huis clos, éviter toute consultation pendant cinq ans et, à la fin de cette période, présenter un code pénal complet qui jouisse de l'assentiment complet de ses auteurs. Cependant, nous croyons qu'il est nécessaire de présenter la révision et, éventuellement, la réforme du droit criminel sous forme de tranches successives afin de recueillir périodiquement les commentaires du public et des membres de la profession.

La présente partie est d'une grande importance, et avant de faire ses recommandations finales au Parlement, au sujet de la responsabilité et des moyens de défense, la Commission devra tenir compte des études, des recommandations et des travaux de révision relatifs aux autres parties.

C'est dans cet esprit et en tenant compte des exigences susmentionnées que nous soumettons le présent document de travail. Nous comptons maintenant sur les efforts de réflexion de nos lecteurs, efforts qui se traduiront par des commentaires critiques fondés sur leurs connaissances, leur logique et leur expérience. Nous désirons également savoir si les propositions que contient le document répondent aux attentes du public en général et constituent un énoncé plus clair, plus simple et plus efficace du droit pénal canadien.

Introduction

Ce document de travail est, pour la Commission, le premier qui porte sur la partie générale du *Code criminel*. Il traite donc d'un sujet qui constitue le cœur de cette partie du droit pénal: la responsabilité pénale et les moyens de défense généraux.

Traditionnellement, cependant, la partie générale porte sur un grand nombre de sujets variés. D'une part, elle contient les règles relatives à la juridiction, à l'interprétation et à la prescription. D'autre part, on y retrouve des dispositions portant sur les parties aux infractions et les infractions inchoatives (c'est-à-dire la tentative, l'incitation et le complot). Bref, la partie générale énonce les règles et les principes généraux qui régissent la portée et l'application des dispositions particulières.

Le rôle de la partie générale

Il est clair que la partie générale assume un triple rôle: elle organise le droit pénal, en assure la cohésion et le clarifie tout à la fois. Elle organise le droit pénal en édictant des règles générales, ce qui évite d'interminables répétitions dans les dispositions qui définissent les infractions. Elle assure la cohésion du droit pénal en donnant à ces règles un ordre logique et rationnel. Enfin, elle clarifie le droit pénal en énonçant des principes directeurs qui mettent en lumière l'esprit et l'objet de la loi.

De tous les chapitres de la partie générale, celui qui traite de la responsabilité pénale et des moyens de défense est sans doute celui qui remplit le mieux cette triple fonction. Les principes qui régissent la responsabilité pénale, c'est-à-dire les

éléments constitutifs de la responsabilité, évitent les répétitions dans les définitions des infractions et font ressortir le fondement moral du droit pénal et ce, en posant comme postulat qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans un acte, une omission ou une conduite quelconque, et sans une certaine part de faute ou de culpabilité. Ce postulat est énoncé dans la maxime *«actus non facit reum nisi mens sit rea»*. Dans *La Reine c. Prue et Baril*[1], le juge en chef Laskin s'est exprimé en ces termes: «La législation fédérale doit s'appuyer sur une base réelle, qui existe sans égard au lieu, et en matière de droit pénal, surtout lorsqu'il s'agit d'une infraction prévue au *Code criminel*, on reconnaît généralement cette base à l'obligation d'établir le *mens rea*.»

De la même façon, les principes qui gouvernent les moyens de défense généraux sont à la base du droit pénal. Ces moyens de défense font implicitement partie des dispositions qui définissent les infractions et, à ce titre, ils sont d'une importance capitale pour la rédaction de celles-ci. Pour les mêmes raisons, leur connaissance est essentielle au lecteur du *Code*. En effet, personne n'a en mémoire toutes les interdictions qui existent en droit pénal; en revanche, la plupart des juristes devraient connaître les moyens de défense généraux sur le bout du doigt. Enfin, les moyens de défense indiquent les frontières morales du droit pénal, au-delà desquelles la responsabilité pénale d'une personne ne saurait, en toute justice, être engagée.

Par conséquent, dans la partie générale, le chapitre sur la responsabilité et les moyens de défense doit donc assumer un triple rôle, celui d'organiser le droit pénal, d'en assurer la cohésion et de le clarifier.

La partie générale du *Code criminel* actuel

Le *Code criminel* canadien s'acquitte mal de son triple rôle car sa partie générale est incomplète et manque de généralité et de cohésion.

D'abord, la partie générale actuelle est incomplète. Bon nombre de questions de portée générale figurent d'une part, dans les définitions des infractions (par exemple, on retrouve la notion d'insouciance au paragraphe 386(1) qui porte sur les

méfaits), et d'autre part, dans le common law (la nécessité et l'intoxication, par exemple). Au demeurant, il est prévu au paragraphe 7(3) du *Code criminel* que celui-ci doit être complété par le common law.

Deuxièmement, la partie qui se veut générale ne l'est pas assez pour éviter les répétitions dans les définitions des infractions. Notamment, elle ne contient aucune disposition au sujet du *mens rea*; pourtant, on retrouve dans pas moins de deux cent cinquante dispositions qui définissent des infractions, des mots comme «frauduleusement», «intentionnellement», «sciemment» et «volontairement», qui évoquent cette notion. En outre, de nombreuses dispositions particulières portent sur les moyens de défense: les paragraphes 253(2), 260(3), 267(3) et 378(2) sur l'erreur, le paragraphe 150(3) pour ce qui est de la contrainte morale, et enfin, l'article 198 et le paragraphe 221(2) sur la nécessité.

En troisième lieu, la partie générale manque de cohésion. En effet, certaines règles qui relèvent du droit pénal général sont disséminées en trois endroits différents: la partie générale du *Code*, les dispositions du *Code* qui définissent les infractions et le common law. Cette dispersion des règles empêche toute présentation systématique et soulève des problèmes quant aux relations entre les dispositions de la partie générale et les dispositions particulières.

Pour une partie générale améliorée

Nous estimons que, pour être plus efficace, la partie générale devrait posséder la structure suivante:

Chapitre I Buts et principes

Chapitre II Application et juridiction

(1) classification des infractions

(2) interprétation

(3) prescription

(4) juridiction

(5) principe de la légalité

Chapitre III Responsabilité et moyens de défense

(1) responsabilité

(2) moyens de défense

(3) responsabilité des sociétés

Chapitre IV Participation aux infractions

Chapitre V Infractions inchoatives

(1) tentative

(2) incitation

(3) complot.

Une partie générale bien structurée dans la tradition du common law se doit de contenir, entre autres, les thèmes susmentionnés. Elle doit, d'emblée, énoncer les buts du *Code*, de même que les principes sous-jacents de celui-ci. Ensuite, elle doit contenir les règles relatives à l'application et à l'interprétation du *Code*. Troisièmement, elle doit énoncer les règles qui régissent la responsabilité et les moyens de défense généraux. Quatrièmement, elle doit établir, comme corollaire de la responsabilité, les conditions dans lesquelles la responsabilité des complices et des autres parties à une infraction est engagée. En dernier lieu, et bien que cela puisse sembler paradoxal, elle doit traiter de certaines infractions telles que la tentative, l'incitation et le complot qui, à cause de leur caractère général, ont traditionnellement été exclues des dispositions particulières.

Responsabilité et moyens de défense

Le présent document de travail se limite à l'étude de la responsabilité et des moyens de défense. Il traite principalement des moyens de défense généraux: la minorité, les troubles mentaux, l'intoxication, l'automatisme, la contrainte physique et l'impossibilité absolue, l'erreur de fait, l'erreur de droit, la contrainte morale, la nécessité, la légitime défense, la

défense des biens et l'application de la loi. Par ailleurs, tout en s'écartant de la terminologie traditionnelle, ce document traite également des éléments constitutifs de l'*actus reus* et du *mens rea*.

Il va sans dire que la liste des moyens de défense que nous venons de citer n'est pas exhaustive, et cela pour trois raisons. En premier lieu, certains moyens de défense, comme la provocation par exemple, ont une application bien spécifique, et c'est à juste titre qu'on les retrouve dans les dispositions qui édictent les infractions auxquelles elles se rattachent. Deuxièmement, d'autres moyens de défense, tel l'alibi, battent en brèche un ou plusieurs éléments de l'accusation, et ne nécessitent pas de règles particulières. Enfin, puisque les problèmes soulevés par certains moyens de défense comme l'*autrefois acquit* relèvent plus de la procédure, il est plus opportun d'en traiter ailleurs. Le chapitre à l'étude se consacre donc exclusivement aux moyens de défense qui, comme les troubles mentaux et l'erreur de fait, permettent d'écarter la responsabilité en établissant l'absence de faute.

Il va sans dire également que la structure que nous recommandons pour la partie générale est fidèle à l'approche traditionnelle de la responsabilité pénale. Selon celle-ci, la responsabilité se compose d'une part d'éléments positifs qui établissent la faute (l'*actus reus* et le *mens rea*) et d'autre part, de facteurs dénégatoires de responsabilité donnant lieu à l'exonération (les moyens de défense généraux). Pourtant, est-il nécessaire que la partie générale comporte ces deux types de règles? Ne pourrait-elle pas traiter de la responsabilité et des moyens de défense par le biais de concepts positifs de conduite et de culpabilité? Une telle approche serait sûrement plus élégante, du seul point de vue des principes abstraits de codification. D'un autre côté, ne pourrait-elle pas à l'opposé aborder la question uniquement par le biais des moyens de défense, et ainsi définir la responsabilité au moyen de critères négatifs comme l'ont fait Hale et les premiers auteurs en common law?

À ces questions nous répondons que les deux types de règles sont nécessaires. D'une part, les règles qui portent sur

les moyens de défense sont le principal outil de travail du praticien. D'autre part, les règles de la responsabilité sont intimement liées aux définitions de la partie spéciale et servent, en fait, à interpréter celles-ci. Ajoutons, cependant, que puisque les définitions des infractions restent encore à rédiger, il est naturel que le présent document de travail porte principalement sur les moyens de défense, et donne à l'ensemble des règles de la responsabilité un caractère forcément provisoire.

Le projet proposé

Le présent document a donc pour objet les règles qui régissent la responsabilité pénale et les moyens de défense généraux. Les règles présentées sont suffisamment générales pour ne pas avoir besoin d'inclure dans la partie spéciale des dispositions sur le même sujet. Par ailleurs, la substance du projet demeure fidèle à l'esprit et à la tradition du droit actuel. En d'autres termes, le projet proposé est plus une codification qu'une réforme proprement dite.

En fait, les reproches que l'on peut adresser à la partie générale actuelle visent moins le fond que la forme de celle-ci. Pour ce qui est du fond, les règles qu'elle contient sont bien comprises et acceptées, et sont fondées sur des principes moraux généralement admis. Pour ce qui est de la forme, cependant, elles manquent de clarté dans leur présentation et souffrent d'un éparpillement dans tout le *Code*, lorsqu'elles ne sont pas tout simplement abandonnées au common law.

Par conséquent, les changements proposés dans ce document portent principalement sur la forme, le style et l'organisation de la partie générale. Le projet se veut plus clair, plus simple et plus complet que le *Code* actuel. Par exemple, les dispositions qui portent sur la légitime défense (articles 34 et 35 *C.cr.*) et la défense des biens (articles 38 à 42 *C.cr.*) sont rédigées de façon plus simple et plus compréhensible. Les dispositions sur les actes faits sous l'autorité de la loi (l'arrestation légale, par exemple) sont rédigées de façon générale, et les détails sont laissés aux chapitres pertinents du

Code qui traitent des pouvoirs policiers. Les moyens de défense tels que la nécessité et la contrainte morale ont été inclus de façon à éviter d'avoir constamment recours au common law.

Toutefois, des questions de fond se sont évidemment posées. Actuellement, certains des moyens de défense généraux ne sont pas sans provoquer de vives controverses. Les troubles mentaux et l'intoxication en sont les meilleurs exemples. Sur ces moyens de défense, les opinions sont tellement partagées que nous avons cru bon, afin de recueillir des commentaires supplémentaires, de proposer diverses formulations possibles qui représentent essentiellement les différentes tendances actuelles.

Les limites du projet

Le présent projet comporte inévitablement des limites. D'abord, comme tous les documents de travail, son contenu est essentiellement provisoire, et cela d'autant plus que les décisions finales ne pourront être prises que lorsque la partie spéciale aura été remaniée. Deuxièmement, bien que les propositions aient été formulées en tenant pour acquis que les règles relatives à la charge de la preuve demeureraient inchangées, le projet ne traite que des règles de fond, à l'exclusion des règles de procédure et de preuve. Troisièmement, il ne traite que des moyens de défense généraux, les questions particulières telles que le consentement à la mort ou à la violence devant être réglées par les dispositions particulières pertinentes. Quatrièmement, il énonce clairement que les règles relatives à la responsabilité doivent être considérées comme provisoires jusqu'à ce que la partie spéciale ait été remaniée. Finalement, le projet ne fait aucune mention des questions fondamentales comme celles de la juridiction et de la classification des infractions, questions qui ont évidemment leur place au sein d'une partie générale complète et détaillée, mais qui doivent être étudiées de façon distincte.

Nous croyons toutefois qu'en dépit de ses limites, le contenu du projet mérite l'examen attentif et les commentaires

du public. Nous avons voulu énoncer en termes simples et accessibles à tous des notions fort complexes. Toutefois, le projet se veut à la fois conforme aux traditions de notre droit et à l'affût de la pratique actuelle et de l'activité judiciaire, comme l'exige une société en évolution constante.

Les problèmes posés par la responsabilité pénale

La responsabilité pénale pose trois problèmes. Premièrement, il s'agit de déterminer si la responsabilité pénale d'un individu ne doit être engagée que dans la mesure où sa conduite est définie par la loi comme constituant une infraction. Deuxièmement, il s'agit de savoir ce qui, à cet égard, constitue une «conduite». Troisièmement, dans quelle mesure un individu doit-il être pénalement responsable d'un acte qu'il a commis sans le vouloir?

Nous traiterons du premier problème au chapitre qui porte sur le principe de la légalité. Quant aux deux autres problèmes qui, habituellement, sont assimilés aux problèmes de l'*actus reus* et du *mens rea* respectivement, nous en traiterons simultanément, dans le cadre des principes de la responsabilité pénale.

I

Le principe de la légalité

Quelle attitude doit-on adopter lorsqu'un comportement est trop nouveau pour avoir été interdit par la loi, mais trop condamnable en soi pour demeurer impuni? Le Parlement ou les tribunaux devraient-ils intervenir pour interdire rétroactivement ce comportement? Ou alors, la personne qui a adopté un tel comportement devrait-elle échapper à la justice à cause des insuffisances de la législation pénale?

Dans une certaine mesure, l'interdiction rétroactive est défendable. Premièrement, il ne fait aucun doute que la personne en cause a commis une faute et que, en toute justice, elle mérite d'être punie. En second lieu, interdire le comportement visé pour l'avenir seulement serait une source d'injustice puisque les futurs contrevenants seraient punis, tandis que la personne en cause bénéficierait des lacunes de la loi. Dans l'affaire de *Shaw v. D.P.P.*[2], le vicomte Simmonds a émis l'opinion suivante:

> [TRADUCTION] . . . Lorsque, longtemps après l'abolition de la Chambre étoilée, Lord Mansfield a dit que la Cour du Banc du Roi était la gardienne des bonnes mœurs de la société, et qu'elle avait un pouvoir de surveillance sur les atteintes aux bonnes mœurs, il a affirmé, comme je l'affirme aujourd'hui, que jusqu'au moment où une loi est adoptée pour suppléer au common law, ce tribunal est investi d'un pouvoir résiduaire de surveillance sur les comportements qui menacent le bien-être de la société. Cela n'arrivera pas souvent car le Parlement agit rapidement lorsqu'un problème prend suffisamment d'ampleur. Cependant, il y aura toujours des lacunes, et nul ne saurait prévoir toutes les façons dont la perversité humaine peut bouleverser l'ordre social. Je donnerai un exemple auquel renvoie mon savant et distingué collègue

> **Lord Tucker: supposons qu'un jour, qui n'est peut-être pas si lointain, les relations homosexuelles entre mâles adultes et consentants cessent de constituer un acte criminel. Le fait de promouvoir et d'encourager de telles relations au moyen de la publicité, même sans que cela soit obscène, ne constituerait-il pas une infraction? Faudrait-il attendre que le Parlement trouve le temps de légiférer sur la question? Je crois, Messieurs, que si le common law se révélait impuissant dans un cas semblable, il cesserait de mériter notre confiance. Mais je suis convaincu qu'il conserve toute son autorité et qu'il appartient aux juges de Sa Majesté d'assumer le rôle que Lord Mansfield leur a indiqué . . .**

Cependant, le point de vue contraire est également appuyé sur des arguments convaincants. D'abord, il est tout aussi injuste de punir une personne pour un acte qui, lorsqu'il a été fait, ne constituait pas une infraction. Ensuite, c'est une entrave à la liberté des citoyens que de soumettre ceux-ci à une autorité arbitraire plutôt qu'aux règles certaines édictées par les lois. Enfin, cela irait à l'encontre du principe qu'énonce la maxime «*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*», principe relié au principe de la légalité, qui a été adopté par de nombreux États, y compris des États de droit écrit et qui a finalement été intégré dans le *Code criminel* à l'article 8; selon cette dernière disposition, nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction de common law.

Nous sommes d'avis que le principe de la légalité est maintenant reconnu au Canada. De fait, le principe qui veut que la responsabilité pénale d'une personne ne soit engagée que pour une infraction prévue par la loi est assurément la clef de voûte de notre droit pénal. En conséquence, ce principe devrait être le point de départ d'un *Code* reformulé.

DISPOSITION PROPOSÉE

Principe de la légalité

1. La responsabilité pénale n'existe qu'à l'égard d'une infraction définie par la loi.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Le projet débute par une formulation explicite du principe de la légalité. Ce principe est déjà reconnu à l'article 8 du *Code* actuel, de sorte que son inclusion en termes explicites ne modifie pas le droit positif mais répond à un souci de clarté.

À cet égard, cependant, l'article 1 du projet ne doit pas être considéré comme étant exhaustif. Les corollaires éventuels du principe de la légalité restent encore à définir et à rédiger (par exemple, la portée de la loi dans le temps et dans l'espace, la règle de la non-rétroactivité de la législation pénale, etc.). Ceux-ci seront intégrés aux dispositions pertinentes de la partie générale à une date ultérieure.

II

Les principes de la responsabilité pénale

En droit pénal traditionnel, la notion de responsabilité pénale nous incite à faire une distinction entre les deux éléments qui sont nécessaires à la perpétration d'une infraction: l'élément matériel (*actus reus*) et l'élément moral (*mens rea*). Le premier élément fait l'objet des articles 1 et 2 du projet, et le second élément, de l'article 3.

1. Conduite

Pour ce qui est de l'élément matériel, l'article 1 du projet soulève deux problèmes. Le premier a trait à la signification du terme «conduite», et le second, à la signification de l'expression «définie par la loi». En d'autres termes, qu'entend-on par les mots «*actus*» et «*reus*»? Nous traiterons d'abord du second problème, qui est en fait le plus simple.

(1) Interdiction légale

Pour engager sa responsabilité pénale, une personne doit avoir une conduite allant à l'encontre des règles du droit pénal. Autrement dit, toute démarche en vue de déterminer la culpabilité d'un prévenu doit avoir pour point de départ la définition de l'infraction dont il est accusé. C'est ce qu'implique le mot *reus* dans l'expression *actus reus*, et en grande partie, cela découle du principe de la légalité.

Cela étant dit, nous pourrions, en toute logique, passer directement de ce principe aux moyens de défense généraux. D'après le principe de la légalité, la responsabilité pénale d'une personne n'est engagée que pour une infraction définie par la loi. Par ailleurs, les infractions sont définies dans la partie spéciale, et ce qui constitue un moyen de défense général est prévu dans la partie générale. Par conséquent, il pourrait sembler superflu de traiter, en termes explicites, des notions d'*actus reus* ou de *mens rea*.

Pourtant, comme nous le verrons plus loin, il est nécessaire d'inclure les principes généraux d'*actus* et de *mens* car ces notions sont tellement fondamentales que les relations qu'elles entretiennent entre elles éclairent l'ensemble du *Code*. C'est pourquoi nous avons inclus des dispositions portant sur chacun de ces principes.

(2) La nécessité d'une conduite

L'existence d'une conduite quelconque attribuable à l'accusé constitue, à juste titre, une condition essentielle pour que la responsabilité pénale de celui-ci soit engagée. Sur le plan moral, on ne peut reprocher à une personne que ce qu'elle a fait ou omis de faire. On ne peut raisonnablement la blâmer pour ce qui s'est produit indépendamment de sa volonté. De même, sur le plan juridique, elle ne peut être pénalement responsable, en principe du moins, que de ses propres actions ou omissions. On doit pouvoir lui attribuer un *actus*.

Le droit

En droit, la nécessité d'un *actus* se manifeste de deux façons. D'abord, la partie spéciale du droit pénal définit invariablement les infractions au moyen de verbes concrets tels «tuer», «prendre», «frauder», «déclarer», «causer», «être en possession de», etc., qui dénotent tous des manières particulières d'agir, d'omettre ou d'être.

Deuxièmement, en droit pénal général s'est élaboré le principe selon lequel il doit y avoir un *actus reus*. En vertu de ce principe, tout ce qui ne constitue pas un acte attribuable à l'accusé ne peut engager la responsabilité pénale de celui-ci. Il s'agit, entre autres, des phénomènes naturels, du fait des tiers, de la simple inaction et des gestes involontaires.

Dans ce contexte, les phénomènes naturels ne posent pas de problème. En effet, il ne viendrait à l'idée de personne de rendre un prévenu pénalement responsable d'un cas fortuit, d'un accident inévitable ou de tout autre événement naturel. Une personne ne peut être blâmée pour un tel événement, à moins qu'elle n'en soit la cause.

De même, les actes des tiers soulèvent relativement peu de problèmes. En règle générale, un accusé ne peut être pénalement responsable des actes d'une autre personne. Cette règle comporte toutefois trois exceptions. Une personne peut être responsable de l'acte d'un tiers si elle a forcé ou incité celui-ci à commettre l'acte en question, si elle a participé à cet acte, ou encore si la loi prévoit expressément qu'elle peut en être responsable. Ces trois exceptions font l'objet de dispositions particulières relatives à l'incitation, aux parties aux infractions et à la responsabilité du fait d'autrui.

En général, la simple inaction n'engage pas non plus la responsabilité pénale. En droit pénal, tout comme en droit civil, l'inaction ne constitue pas une faute. Cependant, la responsabilité pénale peut être engagée dans la mesure où cette inaction équivaut à une omission. Dans ce contexte, «omission» signifie le défaut de faire ce qui est exigé par la loi. Les exigences de la loi peuvent revêtir trois formes. D'abord, la loi peut prévoir expressément que le fait de ne pas accomplir un acte particulier constitue une infraction (par exemple, immobiliser son véhicule et s'identifier après un accident de voiture, conformément au paragraphe 233(2) *C.cr.*). Par ailleurs, l'obligation peut être plus générale: il est prévu aux articles 199 et 202 *C.cr.* que quiconque entreprend d'accomplir un acte doit l'accomplir si l'omission de le faire peut mettre la vie humaine en danger. Enfin, selon le bon sens, une omission illégale peut

être considérée comme une façon de commettre un acte illégal. Par exemple, dans l'arrêt *Fagan v. Commissioner of Metropolitan Police*[3], on a jugé que l'omission de déplacer, à la demande d'un agent de la paix, une voiture qui avait été immobilisée sur le pied de celui-ci, constituait l'acte positif de laisser la voiture sur le pied du policier et équivalait à des voies de fait.

Enfin, le geste involontaire exclut en principe la responsabilité. On reconnaît trois catégories de gestes involontaires. On retrouve dans la première les gestes qui ne peuvent pas être considérés comme des actions au sens ordinaire de ce mot; il s'agit des spasmes, tics et autres réflexes. Une autre catégorie comprend les gestes qui ressemblent à des actions, mais qui, en fait, résultent de l'automatisme, c'est-à-dire un état d'inconscience lié au somnambulisme, à l'hypnose, à une commotion ou à une autre cause semblable. La dernière catégorie comprend les gestes faits sous la contrainte physique d'une autre personne.

Ces différents types de gestes involontaires sont prévus par la loi de différentes façons. En pratique, les spasmes, tics et autres réflexes ne posent pas de problème. Tout d'abord, très peu de procès, s'il en est, ont eu lieu dans des cas de cette nature. En second lieu, il est très difficile d'imaginer comment on peut concilier de tels gestes avec les verbes concrets utilisés dans les définitions des infractions.

Les gestes dus à l'automatisme soulèvent plus de difficultés. Afin d'éviter que de tels gestes entraînent la responsabilité de leur auteur, deux approches différentes ont été adoptées. La première repose sur l'argument théorique de la nécessité d'un *actus reus*, et restreint ce dernier terme aux actes volontaires. La seconde approche est de recourir à un moyen de défense spécial qui est l'automatisme (voir au chapitre des moyens de défense).

Pour ce qui est des actes faits sous la contrainte physique, il existe également deux points de vue sur la question. Selon le premier, un tel acte ne constitue pas un *actus reus*: si *A* tient

la main de *B* et frappe *C* avec celle-ci, le coup est attribuable à *A* et non à *B*. Le second point de vue est de faire appel à un moyen de défense spécial, la contrainte physique (voir au chapitre des moyens de défense).

On peut donc conclure qu'en droit pénal, la responsabilité exige un acte quelconque de la part de l'accusé, que celle-ci découle des dispositions de la partie spéciale ou de la doctrine de l'*actus reus*.

Les problèmes posés par le droit actuel

Le droit actuel soulève deux problèmes. Le premier concerne l'analyse de l'*actus reus*. Le second problème vient des rapports entre la doctrine de l'*actus reus* et certains moyens de défense généraux.

a) L'analyse de l'*actus reus*

Comme nous l'avons dit plus haut, certains auteurs ont tenté, afin de justifier l'absence de responsabilité pénale dans le cas des gestes involontaires, de restreindre la définition de l'*actus reus* aux actes volontaires. Cette interprétation a donné naissance à plusieurs conceptions de ce qu'est un acte, la plus connue des juristes étant celle de Holmes, selon laquelle un acte est une contraction musculaire volontaire[4]. De façon générale, ces théories ont apporté plus de problèmes que de solutions. En effet, dans quelle mesure la contraction d'un muscle est-elle ce qu'on entend habituellement par le mot «acte»? Et que faire alors des omissions, pour lesquelles la volonté ne joue aucun rôle?

De leur côté, le législateur et les juges ont généralement adopté une attitude plus pratique. Pour éviter de s'embourber dans des théories abstraites, ils ont conçu des moyens de défense concrets comme l'automatisme et la contrainte. Cette approche avait deux avantages. D'une part, il s'est avéré nettement plus commode de définir les exceptions à la norme (les actes involontaires) que la norme elle-même (les actes

volontaires). D'autre part, elle permettait aux tribunaux d'appliquer ces exceptions de façon pragmatique et de traiter chaque affaire comme un cas d'espèce.

À notre avis, c'est selon cette dernière optique que devrait être conçu le *Code criminel*. Aussi la question des gestes involontaires est-elle réglée par les dispositions qui régissent les moyens de défense de l'automatisme et de la contrainte, et qui se retrouvent, respectivement, aux articles 7 et 8 du projet. Du même coup, il n'est plus nécessaire de définir le mot «acte» pour en restreindre le sens aux gestes volontaires. Il suffit, pour établir la nécessité d'un *actus*, de dire que nul n'est pénalement responsable, à moins que sa conduite ne corresponde à la définition d'une infraction. Pour ce qui est des différents types de conduite possibles (action, omission ou état), cette question sera réglée au chapitre du *mens rea* (voir ci-dessous).

b) Les rapports entre l'*actus reus* et les moyens de défense généraux

Comme pour le *mens rea*, il existe un certain chevauchement entre la notion d'*actus reus* et les moyens de défense généraux. Dire qu'une personne peut invoquer l'automatisme comme moyen de défense équivaut à dire qu'elle n'a pas commis d'*actus reus*. De même, celui qui peut invoquer l'erreur de fait n'avait pas le *mens rea*. Il est donc inutile d'inclure à la fois une définition détaillée des notions d'*actus reus* et de *mens rea* et des dispositions également détaillées sur les moyens de défense dont nous avons parlé. Du reste, cela pourrait éventuellement susciter certaines équivoques, voire des contradictions.

Dans ces conditions, il existe deux solutions. La première solution serait d'inclure une définition détaillée des notions d'*actus reus* et de *mens rea*, quitte à omettre les dispositions sur les moyens de défense généraux. Ces définitions recouvriraient tous les moyens de défense fondés sur l'absence d'*actus reus* ou de *mens rea*. Comme nous l'avons déjà dit, ces moyens de défense sont, notamment, l'automatisme, la contrainte et l'erreur de fait. Bien entendu, seraient exclues les

excuses comme la contrainte morale et les justifications telle la légitime défense, car ces moyens d'exonération constituent plutôt une réponse accompagnant l'admission du fait reproché plutôt qu'une dénégation de celui-ci.

L'autre solution consisterait à ne pas donner de définition détaillée des notions d'*actus reus* et de *mens rea*, et à inclure dans les moyens de défense généraux tous les facteurs tendant à nier la responsabilité. Aussi logique que la première, cette approche comporte d'autres avantages. D'abord, c'est en définissant les moyens de défense généraux que les premiers auteurs de common law ont traité de la responsabilité pénale; Hale, par exemple, n'a jamais défini les notions d'*actus reus* et de *mens rea*. Deuxièmement, c'est généralement en essayant de voir si un moyen de défense est applicable que les juges et les avocats abordent dans la pratique la question de la responsabilité d'un accusé. Troisièmement, le fait de mettre l'accent sur les moyens de défense plutôt que sur les notions d'*actus* et de *mens* met en lumière ce que Hart[4a] a appelé le caractère essentiellement réfutable de la responsabilité pénale: ce n'est pas tant qu'un accusé n'est pas responsable de ses actes à moins que certaines conditions ne soient remplies, mais plutôt qu'il en est responsable, à moins qu'il ne puisse invoquer quelque excuse, justification ou autre circonstance en sa faveur. Quatrièmement, comme l'a précisé le juge Stephen[5], il n'existe pas de *mens rea* général et universel; il n'y a que des *mentes reae*; et cela vaut également pour l'*actus reus*. Enfin, chacun sait que définir les notions d'*actus reus* et de *mens rea* de façon satisfaisante est une entreprise bien difficile.

Selon nous, aucune de ces solutions n'est tout à fait satisfaisante. D'une part, un éventail complet des moyens de défense généraux est souhaitable, et il serait probablement plus sage d'éviter de définir en détail les notions d'*actus reus* et de *mens rea*. D'autre part, la nécessité d'un *actus reus* et d'un *mens rea*, en tant qu'éléments constitutifs d'une infraction, est un principe tellement fondamental de notre droit pénal qu'il doit servir de point de départ, ne serait-ce qu'en termes très généraux, à tout exposé rationnel de cette branche du droit.

En conséquence, nous recommandons ce qui suit: à la suite de la disposition initiale qui porte sur le principe de la légalité, le *Code* devrait contenir deux articles portant sur l'*actus reus* et sur le *mens rea*. Nous estimons par ailleurs qu'il serait préférable d'éviter la terminologie traditionnelle. Le premier de ces deux articles pourrait simplement énoncer qu'une conduite quelconque est nécessaire pour que la responsabilité pénale d'une personne soit engagée, et que, une fois établie l'existence d'une telle conduite, la responsabilité peut être écartée par quelque exemption, excuse ou justification. Pour ce qui est de la disposition portant sur le *mens rea*, nous en parlerons plus loin.

DISPOSITION PROPOSÉE

Responsabilité pénale

2. (1) Nul n'est pénalement responsable à l'égard d'une infraction à moins qu'il ne la commette ou ne participe à sa perpétration.

(2) Nul ne commet une infraction à moins que sa conduite ne corresponde à la définition de cette infraction.

(3) Même si sa conduite correspond à la définition d'une infraction, nul n'est pénalement responsable à l'égard de cette infraction s'il bénéficie d'une exemption, d'une excuse ou d'une justification prévue par la loi.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Cette disposition énonce trois principes fondamentaux du droit pénal.

D'abord, une personne n'engage sa responsabilité pénale que si elle commet une infraction ou que si elle y participe.

Ainsi rédigé, cependant, le paragraphe (1) n'est pas exhaustif. Il devra être interprété à la lumière des règles de la participation aux infractions et de la responsabilité du fait d'autrui, règles qui n'ont pas encore été rédigées.

Deuxièmement, la responsabilité pénale dépend de l'existence d'un *actus reus*. Le paragraphe (2) énonce en termes plus modernes ce principe de common law en établissant comme condition à la responsabilité l'existence d'une conduite correspondant à la définition d'une infraction.

Troisièmement, le paragraphe (3), comme nous l'avons vu, illustre le caractère réfutable de la responsabilité pénale. Il dispose que, même dans le cas d'une conduite illégale de sa part, une personne est exonérée si elle bénéficie d'une exemption, d'une excuse ou d'une justification prévue par la loi.

2. L'élément moral

Il s'agit ici de la notion que le droit pénal traditionnel désigne par les mots *mens rea*. Le développement de plus en plus sophistiqué du droit pénal a fait naître la maxime «*actus non facit reum nisi mens sit rea*»: il ne suffit pas, pour qu'il y ait infraction, que l'accusé accomplisse un acte illégal; il doit avoir accompli l'acte dans un état d'esprit blâmable.

Ce principe est tout à fait conforme aux principes moraux généralement reconnus. Une personne qui fait quelque chose de mal n'est responsable que si elle veut faire ce qu'elle fait et si elle sait, ou à tout le moins devrait savoir, ce qu'elle fait. En fait, une mauvaise action présente deux aspects ayant chacun leur importance: l'aspect externe, ou l'action elle-même, et l'aspect interne qui est l'intention, le mobile qui accompagne celle-ci.

Le droit

En droit, la doctrine du *mens rea* n'est qu'un point de départ. Elle nous dit qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans état d'esprit blâmable, sans préciser toutefois en quoi consiste cet état d'esprit. Il faut donc chercher ailleurs la réponse à cette question, c'est-à-dire dans les textes d'incrimination, dans les règles régissant les moyens de défense et dans la théorie du droit.

Premièrement, dans les textes d'incrimination, on trouve des mots comme «malicieusement» et «frauduleusement» utilisés si fréquemment, d'abord par les juges qui ont élaboré le common law, et ensuite par le législateur, qu'il est devenu évident, comme l'a fait remarquer le juge Stephen, que la définition de toute infraction fait entrer en jeu, ne serait-ce qu'implicitement, un état d'esprit quelconque. Pour déterminer la nature de cet état d'esprit, il faut se reporter à la définition de l'infraction.

Simultanément, les tribunaux ont aussi élaboré des règles régissant les moyens de défense généraux. L'un de ceux-ci — l'erreur de fait — est intimement lié au *mens rea*: la personne qui agit sous le coup d'une erreur de fait ne peut être blâmée car elle n'a pas de *mens rea*. C'est ainsi que le *mens rea* a pu être conçu comme une absence d'erreur de fait.

Par ailleurs, l'analyse doctrinale a proposé plusieurs définitions du *mens rea*, dont quelques-unes ont trouvé créance auprès des tribunaux. On a cherché par ces définitions à faire une distinction entre l'intention et l'insouciance, ou encore entre la recherche des conséquences et la prévision de celles-ci.

Les problèmes posés par le droit actuel

Bien que reprises par les tribunaux, ces diverses définitions n'en sont pas plus satisfaisantes pour autant. D'une part, elles essaient d'inclure, sous une seule et même formule qui le plus souvent ne convient véritablement qu'au meurtre, un

grand nombre de *mentes reae* variant d'un crime à l'autre. D'autre part, ces définitions tentent de décrire toute la notion de responsabilité au moyen de ce qui n'en est, en fait, qu'un aspect. En outre, un autre problème vient du fait qu'il est très difficile de déterminer l'élément moral minimal qui constitue le *mens rea*. Finalement, il reste à se demander s'il est souhaitable de faire double emploi en incluant, dans le *Code*, non seulement une définition du *mens rea*, mais aussi des règles relatives aux moyens de défense.

a) *Mens rea* et *mentes reae*

Bien qu'elles soient tout à fait justes pour ce qui est du meurtre, bon nombre des définitions du *mens rea* qui ont été proposées ne conviennent pas à d'autres crimes tels que le vol, la fraude et la corruption. Comme l'a fait remarquer le juge Stephen, bien que l'exigence d'un certain état d'esprit soit commune à toutes les définitions de crimes, il n'existe pas de *mens rea* général mais plutôt des *mentes reae* (voir l'annexe «E»: Le rôle de la partie générale, à la p. 165). En fait, l'élément moral d'une infraction est double: d'une part, une exigence de base exprimée par la doctrine du *mens rea*, et d'autre part, le caractère spécifique qui peut être la malhonnêteté ou l'absence d'excuse légitime qu'ajoute la définition de chaque infraction et qui ne prend son sens véritable qu'au regard de la valeur mise en péril par la perpétration de l'infraction en question. Le *mens rea* met en jeu des facteurs tant moraux que psychologiques, et aucune définition ne peut, à elle seule, englober toutes les infractions dans ce qu'elles ont de caractéristique.

b) Les deux aspects de la responsabilité

En second lieu, la notion de *mens rea* peut être comprise de deux façons. D'une part, elle peut renvoyer à des facteurs d'ordre psychologique comme l'intention, l'insouciance ou la connaissance. Dans ce sens, le *mens rea* a une valeur purement descriptive et la responsabilité se fonde sur trois éléments: (1) un *actus reus*, (2) un *mens rea*, et (3) l'absence d'un moyen de défense. Ainsi, à cause de l'application d'un moyen de défense, la responsabilité peut ne pas être engagée, en dépit de

la présence d'un *actus reus* et d'un *mens rea*. D'autre part, on peut donner au *mens rea* un caractère normatif. Selon cette conception, dire qu'une personne a le *mens rea* revient à dire qu'elle est en faute parce qu'elle a accompli un acte interdit avec l'état d'esprit requis et qu'elle n'avait aucune excuse ou justification pour l'accomplir. Autrement dit, les mots *mens rea* signifient la culpabilité ou le blâme.

c) La signification du *mens rea*

Même si l'on fait abstraction des éléments spécifiques qu'ajoutent les définitions des infractions, il n'est pas facile de définir clairement l'élément moral minimal qui constitue le noyau du *mens rea*. Il ne peut s'agir d'intention car bon nombre de crimes peuvent être commis sans intention. Par ailleurs, il ne peut s'agir d'insouciance car certains crimes ne peuvent être commis qu'avec une intention délibérée. Aucune définition du *mens rea* ne semble donc tout à fait satisfaisante.

d) Le *mens rea* et les moyens de défense

Nous avons déjà traité cette question en parlant des rapports entre l'*actus reus* et les moyens de défense généraux.

Selon nous, il existe une solution au problème du *mens rea*. D'abord, pour les raisons que nous avons données plus haut, nous estimons que le *Code* devrait prévoir à la fois l'erreur de fait comme moyen de défense et donner une formulation moderne du principe du *mens rea*. De plus, puisque la définition de chaque infraction contient nécessairement des indications expresses quant à l'élément moral spécifique requis pour cette infraction, il suffit d'indiquer, dans la partie générale, l'élément moral minimal qui est, nous le verrons, la connaissance.

Selon la jurisprudence, ce qui distingue les crimes de ce qu'on pourrait appeler les «quasi-crimes», c'est l'intention et l'insouciance, par opposition à la négligence. Par ailleurs, ce qui distingue ces différents états d'esprit, c'est la connaissance, sans laquelle il ne peut y avoir ni insouciance, ni intention. La connaissance est donc la condition minimale de la responsabilité.

Toutefois, la connaissance peut être réelle ou putative. La connaissance réelle est celle qu'une personne a effectivement, ou qu'elle aurait eue, si elle n'avait pas volontairement refusé de tenir compte d'un fait évident. La connaissance présumée est la connaissance que cette personne aurait eue si elle s'était donné la peine de recueillir les renseignements nécessaires, comme l'aurait fait une personne raisonnable et prudente à sa place. La connaissance réelle suffit pour la perpétration d'un crime. Quant à la connaissance putative, qui est une forme de négligence, elle n'est pertinente que pour les infractions qui ne sont pas des crimes, c'est-à-dire les infractions réglementaires de responsabilité stricte ou de responsabilité absolue.

La connaissance, disions-nous, est la condition nécessaire de la responsabilité pénale. Dans plusieurs cas, cependant, elle n'est pas suffisante. Premièrement, il se peut qu'en vertu de la définition de l'infraction, la perpétration de celle-ci exige de la part de l'accusé un dessein particulier. Deuxièmement, il est possible que l'infraction en question ne puisse être commise que pour un mobile lié à la valeur mise en péril par la perpétration de cette infraction (par exemple, «sans excuse légitime», «frauduleusement», «par corruption», etc.). Troisièmement, bien qu'il ait agi sciemment, un accusé peut tout de même ne pas être responsable, s'il bénéficie d'un moyen de défense général comme la contrainte morale, la nécessité ou la légitime défense. Il n'en demeure pas moins que dans tous les cas susmentionnés, si la seule connaissance n'entraîne pas la responsabilité de l'accusé, l'absence de connaissance écarte sa culpabilité. La connaissance reste donc une condition *sine qua non* de la responsabilité en cas de crimes.

Enfin, il faut tenir compte de la portée de la doctrine du *mens rea* selon laquelle, pour reprendre la conception du juge Stephen, la définition de tout crime *fait entrer en jeu* un état d'esprit particulier. Cela revient à dire qu'il constitue une règle d'interprétation qu'ont utilisée les tribunaux pour interpréter les définitions de crimes dans les lois ou en common law. Ainsi définie, la doctrine du *mens rea* peut donc être reformulée de façon à mettre en lumière son rôle de guide d'interprétation des définitions des infractions[6]. C'est là l'approche adoptée dans le présent projet.

DISPOSITION PROPOSÉE

Élément moral: interprétation

3. Sauf disposition contraire, la définition d'une infraction s'interprète dans le sens que nul ne commet une infraction,

[Acte: connaissance]

a) en raison d'un acte, à moins de connaître, au moment où il l'accomplit, les circonstances prévues par la définition de l'infraction;

[Omission: connaissance]

b) en raison d'une omission, à moins d'omettre de remplir une obligation imposée par la loi et de connaître les circonstances donnant naissance à cette obligation;

[État de fait]

c) en raison d'un état de fait (y compris la possession) prévu par la définition de l'infraction, à moins de connaître les circonstances prévues par cette définition;

[Conséquence: prévision]

d) en raison d'une conséquence prévue ou sous-entendue par la définition de l'infraction, à moins de savoir qu'il peut causer cette conséquence;

[Dessein]

e) en raison d'un dessein prévu par la définition de l'infraction à moins de poursuivre effectivement ce dessein.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

La présente disposition énonce des règles d'interprétation des textes d'incrimination. L'expression «sauf disposition contraire» permet au Parlement d'apporter à ces règles les exceptions qu'il jugera opportunes.

La jurisprudence actuelle reconnaît trois régimes de responsabilité pénale: la responsabilité fondée sur le *mens rea*, la

responsabilité stricte et la responsabilité absolue. En principe, le crime proprement dit exige le *mens rea* (c'est-à-dire l'intention ou l'insouciance, la connaissance ou son équivalent, l'aveuglement volontaire), tandis que les infractions réglementaires sont de responsabilité stricte, c'est-à-dire fondées sur la négligence ou, à titre exceptionnel, de responsabilité absolue. Dans ce dernier cas, l'accusé n'est pas admis à invoquer l'erreur de fait, si raisonnable soit-elle, pour sa défense (*La Reine c. Sault Ste-Marie*[7]).

Le projet reprend en substance cette position jurisprudentielle. On retrouve à l'article 3 le régime fondamental de la responsabilité, l'exigence de la connaissance ou de son équivalent, l'aveuglement volontaire. Quant à l'autre forme de responsabilité, c'est-à-dire celle qu'entraîne la négligence (dans le cas des infractions réglementaires ou dans d'autres cas lorsque le législateur le prévoit), elle est régie par le paragraphe 9(1) du projet, qui porte sur l'erreur de fait (voir plus loin, p. 84).

Cependant, contrairement à la jurisprudence, c'est sur la présence d'une infraction dans le *Code criminel* que repose la distinction prévue au paragraphe 9(4) du projet, entre les catégories d'infraction. En effet, la distinction entre les crimes proprement dits et les infractions réglementaires, bien que valable en principe, s'avère souvent vague et arbitraire. Le projet introduit un critère plus pratique, soit le texte de loi où se trouve l'infraction en question. Cela suppose, bien entendu, que toutes les infractions criminelles se trouvent dans le *Code criminel* et que toutes les autres infractions sont définies ailleurs.

Cette supposition que fait la Commission n'est qu'une hypothèse de travail. En effet, la Commission doit tenir compte de quatre facteurs distincts: l'autorité du Parlement, la compétence constitutionnelle de celui-ci, la question de l'administration de la justice pénale et enfin, la classification des infractions en droit pénal.

Pour ce qui est de l'autorité du Parlement, il faut se rappeler qu'en dernier ressort, la question de savoir si

l'interdiction d'un acte quelconque doit être placée dans le *Code criminel* ou ailleurs relève du Parlement. La Commission propose, mais le Parlement dispose.

Vient ensuite la question de la compétence constitutionnelle du Parlement fédéral. Il existe des limites au pouvoir du Parlement d'édicter des interdictions. Hormis quelques cas exceptionnels qui se retrouvent ailleurs dans l'article 91 de l'*A.A.N.B.* (les poids et les mesures, les douanes et l'accise, ou la paix, l'ordre et le bon gouvernement), ce n'est qu'en vertu de son pouvoir de légiférer en matière criminelle, lequel lui vient du paragraphe 91(27), que le Parlement peut édicter des interdictions. Il s'ensuit que ces interdictions (même s'il s'agit de contraventions plutôt que de «crimes» proprement dits) sont habituellement placées dans le *Code criminel*.

D'un autre côté, en vertu du paragraphe 92(14) de l'*A.A.N.B.*, l'administration de la justice pénale dans une province relève de la compétence de celle-ci. Dans ces conditions, il arrive que, afin que le fédéral puisse se réserver l'exécution de la loi dans certains domaines, certaines interdictions (même s'il s'agit de «crimes» véritables et non de contraventions) soient placées ailleurs que dans le *Code criminel*.

Enfin, quant à la classification des infractions, bien que la différence entre un «crime» proprement dit et une «contravention» ou une «infraction réglementaire» soit parfois confuse, il existe tout de même une distinction, et on s'attend généralement du *Code criminel* à ce qu'il ne traite que des «crimes» proprement dits. C'est là l'opinion qu'a émise le juge en chef Laskin dans l'affaire *La Reine c. Prue et Baril*[8]: «Le *Code criminel* est un code d'interdictions fermes qui se distinguent des infractions réglementaires créées par d'autres types de lois fédérales.»

Idéalement, donc, ou à titre d'hypothèse de départ, on pourrait considérer que toutes les interdictions touchant des «crimes» proprement dits, mais seulement celles-ci, ont leur place dans le *Code criminel*; et lorsque l'application de ces interdictions est assurée par des dispositions réglementaires

accessoires (par exemple, dans le cas de la possession illégale d'armes à feu prévue aux articles 89 à 106.9 *C.cr.*), seules les interdictions elles-mêmes devraient se trouver dans le *Code*, les dispositions réglementaires pouvant très bien figurer en annexe. Dans ce cas, on pourrait considérer que de telles infractions sont régies non seulement par le *Code* (le texte même de celui-ci), mais aussi par une annexe réglementaire. Ainsi, on pourrait prévoir à l'alinéa 10(3)*c*) du projet (voir plus loin, à la p. 94) un moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi ou l'erreur de droit raisonnable, en ce qui concerne les règlements, si l'accusé s'est fié à l'interprétation administrative.

En outre, le projet apporte certains éclaircissements dans un domaine particulièrement complexe du droit pénal. Alors que la jurisprudence actuelle définit le *mens rea* au moyen de notions abstraites telles que l'intention et l'insouciance, le projet traite de l'élément moral de la responsabilité de façon plus concrète, en précisant son application aux actions, omissions, etc. Moins ésotérique, le langage utilisé est plus susceptible d'être compris par les membres d'un jury.

L'approche adoptée a également un autre effet avantageux: la concision des dispositions. En effet, il n'est plus nécessaire que les dispositions qui définissent les infractions fassent mention de l'élément moral commun à toutes les infractions, puisque les règles qui concernent celui-ci font partie des règles d'interprétation contenues à l'article 3 du projet. Il suffit alors que, le cas échéant, la définition d'une infraction précise les exigences morales supplémentaires qui sont liées à cette infraction.

«Acte»

Parmi les différentes formes que peut revêtir la «conduite» dont il est question dans le projet, l'«acte» sera évidemment la plus fréquente, puisque la plupart des verbes utilisés dans les définitions des infractions sont des verbes d'action. Par conséquent, lorsqu'une infraction est définie, ne serait-ce que partiellement, en termes d'action, c'est la règle de l'alinéa 3*a*) qui

s'applique. En vertu de cette règle, un accusé n'aura commis une infraction que si, en faisant l'acte en question, il connaissait les circonstances mentionnées dans la définition de l'infraction. Ainsi, par exemple, il n'aura pas commis de voies de fait si, au moment de l'acte, il ne savait pas que sa victime ne consentait pas ou n'aurait pas consenti à la force utilisée. De même, il n'aura pas commis de vol s'il ignorait que le bien appartenait à une autre personne. Faut-il ajouter que, ici encore, la connaissance inclut l'aveuglement volontaire?

«Omission»

L'omission constitue également une forme courante de «conduite». Bon nombre d'infractions sont définies au moyen d'expressions comme «faire défaut de», «négliger de» ou «omettre de». Ces termes signifient plus que «ne pas faire»; ils désignent plutôt le fait de «ne pas faire ce qui devrait être fait», c'est-à-dire le défaut d'accomplir une obligation imposée par la loi. Le projet ne contient pas de définition de ce qu'on entend par «la loi». À travers la jurisprudence en matière de négligence criminelle, cette expression a acquis un sens très large qui englobe les règles du common law ainsi que l'ensemble des dispositions législatives qui régissent la vie en société et qui ont été adoptées par l'autorité compétente (*St-Germain c. R.*[9]). Cela peut sembler paradoxal si l'on définit le crime comme étant exclusivement une violation des règles du droit criminel. Il faut toutefois se rappeler que le défaut d'accomplir un devoir imposé par la loi n'est un crime que dans la mesure où cette dernière le prévoit expressément. Le cas échéant, il faut, en vertu de l'alinéa 3*b*) qui est conforme au droit actuel, que le devoir en question soit une obligation légale et non une simple obligation morale. Les mots «connaître les circonstances donnant naissance à cette obligation» visent les faits qui font naître l'obligation et non la disposition législative qui l'impose. Par exemple, dans le cas du délit de fuite, les circonstances en question sont l'accident. En effet, c'est du fait de l'accident que naît l'obligation, et un accusé ne peut pas avoir commis cette infraction s'il ignorait qu'un accident avait effectivement eu lieu (*Harding v. Price*[10]; voir aussi *Hill c. La Reine*[11]).

«État de fait (y compris la possession)»

Certaines infractions ne consistent ni dans une action, ni dans une omission, mais résultent plutôt d'une situation ou d'un état de fait particulier, comme l'état de fuite ou la possession illégale. Ces cas sont prévus par l'alinéa 3*c*) du projet, lequel énonce que pour être coupable d'une telle infraction, l'accusé doit connaître les circonstances qui rendent illégal cet état de fait (connaître, par exemple, les faits rendant la possession illégale).

«Conséquence»

Bon nombre d'infractions sont définies directement ou indirectement en termes de conséquences. Ces infractions soulèvent le problème de savoir quel est l'état d'esprit dans lequel doit avoir été l'accusé pour être responsable d'une conséquence de sa conduite.

L'alinéa 3*d*) du projet répond à cette question. Il y est prévu que pour être responsable d'une conséquence de sa conduite, l'accusé devait au moins savoir que cette conduite pouvait probablement provoquer une telle conséquence. Cet état d'esprit qu'on appelle habituellement «insouciance», se distingue de l'intention. La personne qui a l'intention de provoquer cette conséquence est plutôt visée par l'alinéa 3*e*) du projet car, en réalité, elle poursuit un dessein. Par contre, dans l'esprit de celle qui n'a pas d'intention particulière, mais qui est seulement insouciante, cette conséquence est perçue comme étant le résultat probable d'un risque qu'elle prend consciemment.

La question de savoir si l'insouciance doit être définie de façon subjective (l'accusé avait effectivement prévu la conséquence) ou de façon objective (l'accusé aurait dû la prévoir) n'a pas encore été tranchée dans la jurisprudence. Nous avons opté, à l'alinéa 3*d*) du projet, pour l'approche subjective car, en principe, le *mens rea* consiste en l'état d'esprit qu'avait effectivement l'accusé, son intention, sa connaissance et ses prévisions réelles et non pas présumées. Par conséquent, selon

les dispositions du projet, la culpabilité d'un accusé dépend de son état d'esprit effectif. Il va sans dire que cet état d'esprit effectif peut être révélé par l'ensemble des circonstances entourant la conduite qui est reprochée à l'accusé; par exemple, dans les mêmes circonstances, une personne raisonnable aurait-elle pu prévoir cette conséquence et, dans l'affirmative, peut-on en déduire que l'accusé l'avait également prévue? C'est là une question de fait dont la réponse dépend des circonstances de chaque cas.

Les mots «à moins de savoir qu'il peut causer» indiquent que l'état d'esprit nécessaire pour engager la responsabilité de l'accusé se situe à mi-chemin entre la certitude et la simple possibilité. Le risque doit être évalué au regard des circonstances de chaque cas, et cette question doit aussi être laissée à l'appréciation du juge des faits.

Tel qu'il est rédigé, l'alinéa 3*d*) va à l'encontre de la jurisprudence en matière de négligence criminelle et d'homicide involontaire coupable. Dans les cas de négligence criminelle, les tribunaux définissent généralement la témérité en termes objectifs d'écart par rapport à la norme de l'homme raisonnable (*Leblanc c. La Reine*[12], *Arthurs c. La Reine*[13], *R. v. Coyne*[14]). Pour ce qui est de l'homicide involontaire coupable, il est bien établi que celui qui a, par un acte illégal, causé la mort d'une personne, est coupable, même s'il n'était pas conscient que sa conduite pouvait avoir de telles conséquences (*Smithers c. La Reine*[15]). Quoi qu'il en soit, la Commission devra revenir sur les dispositions de l'article 3 du projet, après avoir complété ses travaux en ce qui a trait à ces infractions.

«Dessein»

Bon nombre d'infractions criminelles sont définies de façon à nécessiter de la part de l'accusé une intention particulière. Ces définitions contiennent habituellement des expressions comme «avec l'intention de», «dans le dessein de» ou «aux fins de». La règle de l'alinéa 3*e*) s'applique à ce type d'infraction.

Dans de telles infractions, «dessein» et «conséquence» peuvent se conjuguer: le résultat recherché peut se réaliser ou ne pas se réaliser, et la conséquence peut être recherchée ou non recherchée. Par conséquent, lorsque la définition d'une infraction exige la réalisation d'une conséquence recherchée par l'accusé, ce sont les deux règles (conséquence et dessein) qui s'appliquent.

Nous avons substitué le mot «dessein» au mot «intention» à cause des problèmes soulevés par cette dernière notion, problèmes qui sont dus à la confusion qui règne en jurisprudence au sujet de la distinction entre l'intention et l'insouciance. Lorsqu'ils veulent distinguer clairement l'intention de l'insouciance, les juristes parlent plutôt d'«intention spécifique». En revanche, l'«intention générale» se distingue mal de l'insouciance et de la prévision des conséquences. Il s'ensuit que, surtout dans les cas d'intoxication, les tribunaux doivent consacrer beaucoup de temps à tenter de déterminer si l'intention qui caractérise une infraction donnée est générale ou spécifique. Pour parer à ce genre de difficulté, nous avons utilisé le terme courant «dessein» qui peut tout aussi bien désigner le but ultime de l'accusé qu'un but accessoire ne constituant qu'un moyen d'arriver au but ultime (*R. v. Buzzanga and Durocher*[16]).

Note générale au sujet de la terminologie

En ce qui concerne les notions théoriques d'«intention» et d'«insouciance», on remarquera qu'il n'en est fait aucune mention explicite dans le projet, bien qu'elles soient habituellement utilisées pour définir les règles du *mens rea*. Comme nous l'avons déjà dit, et pour les raisons susmentionnées, le mot «intention» a été remplacé par «dessein». Pour ce qui est de l'«insouciance», ce mot ne figure pas dans le projet car il n'a pas vraiment d'utilité.

Étant donné les règles relatives aux conséquences et à la connaissance qui sont contenues à l'alinéa 3*d*) du projet, de même que celles qui traitent de l'aveuglement volontaire et qui

sont prévues au paragraphe 9(5), à la p. 85, il serait superflu d'ajouter une règle particulière au sujet de l'insouciance. Lorsqu'une infraction est définie en termes de conséquence comme, par exemple, causer la mort, le fait de provoquer cette conséquence par insouciance équivaut à adopter une conduite dont on sait qu'elle peut avoir pour conséquence la mort d'une personne; or, ce cas est prévu à l'alinéa 3*d*) du projet. Par ailleurs, lorsque l'infraction consiste plutôt dans une action comme importer de la monnaie contrefaite par exemple, accomplir une telle action avec insouciance équivaut à se conduire avec une insouciance téméraire quant aux circonstances qui peuvent rendre cet acte illégal. Cette attitude constitue, en fait, de l'aveuglement volontaire, et il est expressément prévu au paragraphe 9(5) du projet que l'erreur de fait ou l'ignorance ne constitue pas une défense si elle résulte de l'aveuglement volontaire. Il n'est donc pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce sujet, à l'article 3 du projet.

Enfin, certaines infractions générales comme les voies de fait semblent faire entrer en jeu la notion d'insouciance (par exemple, une personne fait un geste brusque et dangereux en brandissant un bâton et frappe une personne dans des circonstances telles qu'il était pratiquement impossible de l'éviter). Il ne s'agit évidemment pas d'un cas d'aveuglement volontaire car le problème n'a rien à voir avec la connaissance ou l'ignorance des circonstances. À première vue, il semble également difficile d'appliquer la règle relative aux conséquences car, contrairement au cas de l'homicide, les voies de fait semblent habituellement résulter d'un ensemble d'actions, de circonstances et de conséquences. Par ailleurs, les infractions de ce genre ne sont pas, du moins de façon expresse, définies en termes de conséquences. En réalité, cependant, la personne qui commet une telle infraction agit sans se soucier du risque inhérent à sa conduite, c'est-à-dire en étant consciente des conséquences que peut entraîner son geste. Les cas de cette nature ont été prévus à l'alinéa 3*d*) du projet, lequel est rédigé de façon à viser tant les conséquences qui sont mentionnées dans la définition d'une infraction que celles qui y sont sous-entendues.

III

Les moyens de défense

Essentiellement, le moyen de défense est un argument qu'une personne peut opposer à une accusation criminelle. Il en existe trois grandes catégories. La première se compose des moyens de défense qui font tomber l'accusation en en écartant un élément important. L'alibi, par exemple, détruit le lien entre l'infraction et l'accusé. Ces moyens de défense, qui ont pour objet de nier l'accusation, sont inclus de façon implicite dans les définitions des infractions et s'appliquent sans mention expresse de la loi. Les moyens de défense appartenant à la deuxième catégorie, comme l'*autrefois acquit*, dressent des obstacles de procédure à la poursuite. Ils tirent leur source de certains principes de droit reconnus qui l'emportent sur l'accusation; ils relèvent de la procédure et devraient être incorporés dans les chapitres qui traitent de cette partie du droit pénal. Enfin, les moyens de défense de la troisième catégorie permettent à l'accusé de se disculper en prouvant certaines circonstances; c'est le cas par exemple, de la contrainte morale. C'est de cette dernière catégorie de moyens de défense que traite le présent document.

La première difficulté posée par ces moyens de défense, c'est qu'ils soulèvent la question des mobiles qui ont poussé l'accusé à agir. L'acte commis sous la contrainte, par nécessité ou en légitime défense, est un acte commis pour un mobile bien particulier. Or, en droi pénal traditionnel, les mobiles qu'avait l'accusé pour agir comme il l'a fait n'entrent pas en ligne de compte. Il suffit, pour qu'il soit responsable, qu'il ait agi sciemment ou intentionnellement, quels que soient ses mobiles[17].

Pourtant, une telle généralisation est pour le moins mal fondée puisque, en fait, le mobile d'un crime peut être d'une grande pertinence, par exemple dans le cas d'une infraction dont un des éléments est l'absence d'un motif louable (une excuse légitime ou raisonnable). Par ailleurs, les mobiles sont à la base des moyens de défense spéciaux que sont la provocation dans le cas du meurtre et la bonne foi en matière de sédition, ainsi que des moyens de défense généraux comme la contrainte morale, la nécessité et la légitime défense. Dans ces cas, on reconnaît en droit pénal que certains mobiles peuvent suffire à disculper un accusé et on permet à ce dernier, même s'il a agi sciemment, d'invoquer l'un de ces motifs pour réfuter l'accusation.

En common law, on répartit traditionnellement ces moyens de défense en deux catégories: les justifications et les excuses. Ainsi, à l'origine, on faisait une distinction entre l'homicide justifiable et l'homicide excusable. Le projet reprend cette distinction et crée une troisième catégorie: les exemptions.

L'exemption a pour effet de soustraire une personne au processus pénal, soit pour des fins politiques, comme le cas de l'immunité diplomatique, soit par principe, comme dans le cas des mineurs et des aliénés mentaux qui, à cause de leur état (leur incapacité de se comporter comme des personnes responsables), ne peuvent être soumis aux règles du droit pénal. Seul ce dernier type d'exemption fait l'objet du présent chapitre sur la responsabilité pénale.

L'excuse permet à l'accusé de s'exonérer. Elle est fondée sur les principes qui établissent ce qui ne peut, en toute équité, être exigé d'une personne ordinaire: on ne peut traiter une personne qui a agi le couteau sur la gorge comme si elle avait été libre de ses actes. Ainsi, l'accusé qui bénéficie d'une excuse n'est pas coupable de l'acte illégal qu'il a commis.

Enfin, la justification enlève à un acte le caractère illégal qu'il aurait autrement. Cela revient à dire que lorsqu'une personne agit avec une justification elle ne peut être condamnée car, dans les circonstances, son acte est légitime. Ainsi,

une personne qui agit dans l'intérêt de l'application de la loi (qui effectue une arrestation légale, par exemple) ne commet pas d'infraction. Au contraire, elle a eu raison d'agir de la sorte car son acte était justifié. En common law, cela signifie en général que l'acte en question n'engage pas la responsabilité de son auteur.

A. EXEMPTIONS

Tout système de droit pénal se doit de reconnaître au moins deux exemptions. Il s'agit du cas des enfants d'une part, et de celui des aliénés d'autre part.

1. Minorité

Les très jeunes enfants qui n'ont pas encore appris à discerner le bien du mal ne peuvent être responsables de leurs actes, car ils n'ont pas la maturité suffisante pour comprendre les exigences de la morale et de la loi. Il est donc nécessaire de prévoir une règle spéciale pour exempter de la responsabilité pénale les personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de la maturité.

Il est très difficile de déterminer l'âge exact où un enfant atteint la maturité puisque cet âge varie avec chaque enfant. Cependant, il est nécessaire d'avoir une règle générale pour éviter de faire une nouvelle enquête dans chaque cas. C'est à la tradition chrétienne, selon laquelle l'«âge de raison» est fixé à sept ans, que le common law a emprunté sa règle générale. Ainsi, les enfants de moins de sept ans ne pouvaient engager leur responsabilité pénale. Cependant, ce n'était là qu'une solution partielle. En effet, certains enfants qui ont moins de sept ans savent parfaitement discerner le bien du mal alors que

d'autres enfants plus âgés ne le savent pas. Par ailleurs, même s'ils savent distinguer ce qui est bien de ce qui est mal, certains enfants peuvent avoir plus de difficulté que les adultes à résister à la tentation.

Le common law

Pour les raisons susmentionnées, la règle de common law a dû être perfectionnée. Par souci de commodité et d'efficacité, tous les enfants de moins de sept ans, sans exception, étaient exonérés de la responsabilité pénale. Pour des raisons d'équité, les enfants âgés de plus de sept ans mais de moins de quatorze ans étaient exemptés de la responsabilité pénale, à moins qu'il ne soit établi qu'ils savaient que leur conduite était «gravement» répréhensible[18].

Le droit actuel

Nos règles actuelles, qui se fondent sur le common law, figurent aux articles 12 et 13 *C.cr.* En vertu de l'article 12, l'enfant âgé de moins de sept ans est, de façon absolue, exempté de la responsabilité pénale. L'article 13 contient une exemption conditionnelle pour l'enfant dont l'âge se situe entre sept et quatorze ans: sa responsabilité n'est pas engagée «à moins qu'il ne fût en état de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et de juger qu'il agissait mal».

Les problèmes soulevés par le droit actuel

Dans le droit actuel, trois questions se posent au sujet de la minorité. Premièrement, quel est le seuil d'âge de la responsabilité pénale? Deuxièmement, quel doit être le critère juridique de cette responsabilité? Troisièmement, les règles qui précèdent doivent-elles être consignées dans le *Code criminel* ou dans la *Loi sur les jeunes délinquants*?

(1) Le seuil d'âge de la responsabilité pénale

Tout le monde s'entend pour dire que le seuil de la responsabilité pénale, qui est fixé à sept ans, est trop bas et devrait être élevé. Cependant, il n'y a pas unanimité sur l'âge qui devrait constituer la nouvelle limite: dix ans? douze ans? quatorze ans? La question est officiellement posée depuis plusieurs années, et chacun attend la réponse que le Parlement donnera.

Sur un plan politique, les divers organismes qui travaillent actuellement à la révision de la *Loi sur les jeunes délinquants* ont procédé à des recherches et à des enquêtes et en sont venus à la conclusion que, de façon générale, c'est à l'âge minimal de douze ans que semble se rallier la majorité. En conséquence, dans le présent projet, l'âge de la majorité pénale est fixé à douze ans.

(2) Le critère de la responsabilité pénale

La seconde question est de nature plus technique. Actuellement, un enfant dont l'âge se situe entre sept ans et quatorze ans peut être déclaré coupable s'il était en mesure, d'une part, de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et, d'autre part, de juger qu'il agissait mal. Le fait d'élever de sept ans à douze ans l'âge de la majorité pénale remet en question l'opportunité d'une telle règle. Aussi cette règle est-elle abolie dans le projet n° 1 relatif à la minorité. Dans cette hypothèse, la question de savoir si une personne âgée de plus de douze ans est capable de discernement serait déterminée au moyen des règles relatives aux troubles mentaux.

Par contre, le projet n° 2 contient un critère spécial visant à déterminer les conditions dans lesquelles la responsabilité d'un enfant qui est âgé de plus de douze ans mais de moins de quatorze ans est engagée. Le critère du *Code* actuel n'est fondé que sur la faculté cognitive de l'enfant. Cependant, on pourrait soutenir que, même s'il sait qu'il agit mal, un enfant de moins de quatorze ans peut avoir plus de difficulté qu'un adulte à résister à la tentation. C'est pourquoi le critère énoncé dans le

second projet fait également entrer en jeu les facultés conatives de l'enfant. À ce sujet, la Commission n'a pas pris de décision finale et attend les commentaires que le public voudra bien lui faire.

(3) Le texte législatif approprié

Le troisième problème soulève une question de principe. Bien que les règles concernant la responsabilité pénale des enfants (la limite d'âge étant de seize, dix-sept ou dix-huit ans, selon les provinces) soient énoncées dans la *Loi sur les jeunes délinquants*, il est nécessaire d'inclure dans le *Code criminel* les règles fondamentales de la responsabilité pénale des enfants. En effet, la *Loi sur les jeunes délinquants* est une loi pénale particulière. Or, l'application des lois pénales particulières est régie par les règles générales du droit pénal, et c'est dans le *Code criminel* que devraient se trouver les règles générales du droit pénal.

DISPOSITION PROPOSÉE

Minorité *Projet nº 1*	4. Quiconque est âgé de moins de douze ans bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite.
Minorité *Projet nº 2*	4. (1) Quiconque est âgé de moins de douze ans bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite. (2) Bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite, quiconque est âgé de douze ans ou plus mais de moins de quatorze ans sauf s'il est en état de juger la nature, les conséquences ainsi que le caractère moralement répréhensible de cette conduite et s'il est effectivement capable de se conformer aux exigences de la loi.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Pour les raisons que nous avons expliquées, l'âge de la majorité pénale est fixé à douze ans. Sur ce point, les deux projets sont identiques. Ils diffèrent en ce qui a trait à la responsabilité des enfants dont l'âge se situe entre douze et quatorze ans.

L'article 4 du projet est destiné à remplacer l'article 12 *C.cr.* Le titre de la disposition proposée, «Minorité», vise à mettre en évidence le principe qui sous-tend ce moyen de défense. Les mots «acte» et «omission» sont remplacés par le terme plus général «conduite».

Le projet nº 1

Actuellement, en vertu de l'article 13 du *Code*, un enfant âgé de sept ans ou plus mais de moins de quatorze ans n'engage pas sa responsabilité pénale à moins qu'il ne soit établi qu'il était en état de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et de juger qu'il agissait mal. Dans le projet nº 1, cette présomption est abolie; on pense en effet qu'il est peu probable que l'enfant âgé de plus de douze ans mais de moins de quatorze ans soit incapable de discernement, à moins qu'il ne souffre d'une maladie ou d'une déficience mentale, auquel cas ce sont les règles concernant les troubles mentaux qui s'appliquent. Dans cette optique, les règles contenues à l'article 13 *C.cr.* deviendraient superflues.

Le projet nº 2

Le projet nº 2 est le pendant de l'article 13 *C.cr.*, et énonce une règle particulière à l'égard des enfants dont l'âge se situe entre douze et quatorze ans. Cependant, le critère qu'il énonce diffère à deux points de vue de celui que contient l'article 13 *C.cr.* Premièrement, l'exemption est fonction de la capacité de

l'enfant de juger le caractère moralement répréhensible de sa conduite; cette règle est conforme à la jurisprudence portant sur l'article 13 *C.cr.*: *R. v. B.C.*[19]. Deuxièmement, l'exemption est accordée si l'enfant est incapable de se conformer aux exigences de la loi. Cette seconde partie du critère a été incluse par souci d'uniformité avec le projet nº 2 sur les troubles mentaux (voir l'article 5 du projet). Ainsi, les deux moyens de défense sont fondés sur les mêmes principes moraux, et la loi est en accord avec les conceptions modernes selon lesquelles ces principes sont liés non seulement à la capacité de discernement d'une personne mais aussi à sa capacité de se maîtriser. Nous examinerons cette question de façon plus détaillée lorsque nous parlerons de l'article 5 du projet.

2. Troubles mentaux

À l'instar des enfants, les personnes souffrant de maladie mentale posent des problèmes évidents en droit pénal. D'une part, tant du point de vue juridique que du point de vue moral, on a toujours considéré que les personnes atteintes de troubles mentaux n'étaient pas responsables de leurs actes et qu'en toute justice, on ne pouvait les leur reprocher. D'autre part, lorsque cette irresponsabilité constitue un danger pour la société, la protection de l'intérêt public exige que ces personnes ne soient pas laissées en liberté.

Selon la solution adoptée par le common law, l'aliéné ne pouvait être pénalement responsable, ne pouvait être déclaré coupable d'une infraction, et n'encourait aucune peine. Le délinquant aliéné n'était pas pour autant soustrait au système pénal. Au contraire, il risquait de se voir enfermer «durant le bon plaisir de Sa Majesté», c'est-à-dire jusqu'à ce que les autorités compétentes fussent convaincues qu'il s'était suffisamment rétabli pour être libéré. Bref, le common law reconnaissait l'existence d'un moyen de défense et d'un verdict spéciaux fondés sur l'aliénation mentale.

La reconnaissance de l'aliénation mentale comme moyen de défense spécial a souvent été remise en question. Premièrement, d'aucuns prétendent qu'il n'y a pas vraiment de différence entre l'aliéné et l'individu que l'on dit sain d'esprit, puisque toute conduite constitue une réaction à un certain milieu, et que les termes «normal» et «anormal» ne sont que des étiquettes arbitraires utilisées pour qualifier ce qui, dans les circonstances, constitue ou non une conduite convenable[20]. Deuxièmement, même s'il existait une différence réelle entre l'aliéné et l'individu sain d'esprit, le fait, pour le malade mental, d'assumer la responsabilité de ses actes, constitue un élément essentiel de sa réhabilitation. Troisièmement, c'est une absurdité si ce n'est faire preuve d'hypocrisie que de substituer à un verdict de culpabilité et à une peine d'emprisonnement un verdict d'acquittement pour cause d'aliénation mentale et une ordonnance de détention durant le bon plaisir du lieutenant-gouverneur.

On peut cependant opposer plusieurs arguments à cette position. En premier lieu, le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale est enraciné tant dans la tradition et la doctrine que dans la pratique. En second lieu, il est universellement admis dans les pays occidentaux. En troisième lieu, quelle que soit la position adoptée par le législateur, la psychiatrie continuera à fournir des éléments de preuve sur la valeur desquels les tribunaux auront à se prononcer. Le quatrième argument, qui est aussi le plus important, c'est que le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale tire sa source du principe moral fondamental selon lequel l'aliéné n'est pas responsable de ses actes et ne peut, par conséquent, être puni pour les avoir commis.

Nous estimons que, jusqu'à ce jour, on n'a pas apporté d'arguments suffisamment sérieux pour justifier l'abandon du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale.

Le common law

La position des juristes de common law sur cette question a été formulée dans les règles *M'Naghten*[21], qui servaient à déterminer si un accusé pouvait être déclaré non coupable pour

cause d'aliénation mentale. Premièrement, l'accusé devait, au moment où il avait commis l'infraction, souffrir d'une maladie mentale. Deuxièmement, il devait, à cause de cette maladie, avoir agi sous le coup d'une déficience de la raison. Troisièmement, il devait, en conséquence, ignorer la nature et la qualité de l'acte qu'il avait commis ou alors, ignorer que cet acte était mauvais. Ce critère, souvent appelé le critère du «bien et du mal», est devenu un principe fondamental en droit canadien.

Le droit actuel

En matière d'aliénation mentale, le principe actuel se trouve à l'article 16 *C.cr.* qui énonce quatre règles. Premièrement, nul ne peut être condamné pour un acte qu'il a commis s'il souffrait d'aliénation mentale. Deuxièmement, pour les fins de la règle précédente, on considère qu'une personne souffre d'aliénation mentale si «elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou est atteinte de maladie mentale au point d'être incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais». Troisièmement, une personne qui a des hallucinations sur un point particulier mais qui, par ailleurs, est saine d'esprit, ne doit pas être acquittée à moins que l'état de choses qu'elle imaginait ne justifie ou n'excuse sa conduite. Enfin, chacun est présumé sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire.

Les problèmes soulevés par le droit actuel

Fondé sur des règles établies il y a près de cent cinquante ans, le droit actuel soulève plusieurs problèmes qui sont liés à l'application de l'article 16 *C.cr.*, à la notion d'impulsion irrésistible, ainsi qu'à des questions de terminologie.

(1) L'application de l'article 16 *C.cr.*

À l'origine, les dispositions de l'article 16 *C.cr.* ont été interprétées par les tribunaux comme un énoncé complet et exhaustif des règles applicables en matière d'aliénation

mentale. Hormis le cas exceptionnel de l'infanticide[22], le trouble mental qui n'était pas visé par l'article 16 *C.cr.* ne pouvait être pris en considération pour décider de la responsabilité de l'accusé[23]. La notion de responsabilité atténuée n'était donc pas reconnue en droit canadien.

Au cours des dernières années, les tribunaux ont modifié leur point de vue et en sont venus à reconnaître que, sans constituer un moyen de défense en soi, la notion de responsabilité atténuée pouvait servir à nier le *mens rea*. En matière de préméditation au cas de meurtre par exemple, les tribunaux se sont servis de la notion de responsabilité atténuée pour réduire un meurtre qualifié à un meurtre non qualifié[24]. Dans les cas de meurtres, qualifiés ou non, et bien que la Cour suprême du Canada ait affirmé que la notion de responsabilité atténuée n'existait pas en droit canadien[25], les tribunaux ont généralement reconnu que cette notion pouvait permettre d'écarter l'intention de causer la mort, pour ainsi réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable[26]. Plus récemment encore, les tribunaux ont reconnu que cette même notion pouvait être utilisée pour établir l'absence de toute intention spécifique requise par la définition d'une infraction[27]. Ainsi, le moyen de défense qui semblait clairement exclu par les dispositions de l'article 16 *C.cr.* a été peu à peu introduit en droit canadien par la jurisprudence.

(2) Les impulsions irrésistibles

À l'origine, il était indiscutable que l'impulsion irrésistible ne pouvait permettre à un accusé d'invoquer l'aliénation mentale comme moyen de défense[28]. Selon les règles *M'Naghten*, l'accusé devait être atteint d'une déficience mentale le rendant incapable de connaître la nature de l'acte qu'il avait commis ou de savoir que cet acte était mauvais. De même, en vertu de l'article 16 *C.cr.*, il doit être incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir que cet acte ou cette omission est mauvais. Il est clair qu'on a adopté un critère «intellectualiste» qui date du XIX[e] siècle et qui se fonde sur l'affaiblissement du jugement d'une personne, mais ne tient aucun compte de l'affaiblissement de sa volonté.

Au cours des années, cependant, il est devenu évident que l'esprit humain ne pouvait être conçu de façon aussi simpliste. C'est pourquoi l'affaiblissement de la volonté a été prévu de façon expresse dans le cas de l'infanticide[29]. Pour la même raison, certains États ont reconnu l'existence d'un moyen de défense fondé sur la responsabilité atténuée[30]. Pendant ce temps, au Canada, les tribunaux ont admis que les impulsions irrésistibles, bien que ne constituant pas, en soi, un moyen de défense, peuvent être les symptômes d'une maladie mentale susceptible d'affaiblir le jugement de l'accusé, qui peut alors se prévaloir des dispositions de l'article 16 *C.cr.*[31].

Finalement, à cause de l'évolution qu'a connue l'interprétation de l'article 16 *C.cr.*, l'esprit de cette disposition s'est quelque peu écarté de sa lettre. Au sens strict, l'article 16 *C.cr.* ne vise que les vices de discernement. Cependant, les tribunaux en sont venus à l'interpréter de façon à inclure les vices de volonté.

Il n'en demeure pas moins que les vices de volonté soulèvent une question très épineuse en droit pénal. En théorie, on s'accorde généralement pour dire que la définition de l'aliénation mentale devrait tenir compte de tous les aspects de la personnalité humaine. En pratique, cependant, cela peut être une source de difficultés, et bon nombre de personnes averties ne croient pas qu'il soit opportun de tenir compte des vices de volonté. L'un des motifs de cette opposition est que les psychopathes pourraient être acquittés trop facilement. En second lieu, les preuves psychiatriques pourraient prendre une importance indue, au risque de déconcerter les jurés. Finalement, certains pensent qu'il n'est pas souhaitable d'aller au-delà des dispositions de l'article 16 *C.cr.* qui, de la façon dont on les interprète de nos jours, n'excluent pas totalement le cas des psychopathes.

Avant d'être en mesure de présenter notre point de vue sur cette question, il nous est nécessaire d'obtenir les commentaires motivés du public. Aussi avons-nous soumis deux projets.

(3) Les problèmes de terminologie

Plusieurs des termes utilisés dans l'article 16 *C.cr.* soulèvent des problèmes. Il s'agit des termes suivants: «imbécillité naturelle», «maladie mentale», «mauvais» et «hallucinations».

a) Imbécillité naturelle

En vertu de l'article 16, le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale ne peut être invoqué que dans les cas d'«imbécillité naturelle» ou de «maladie mentale». Pourtant, ni l'un ni l'autre de ces termes n'inclut, dans sa définition, les troubles dus à l'arriération mentale[32]. Bien que dans les cas de cette nature, le processus judiciaire dépasse rarement le stade où l'on doit déterminer si l'accusé est apte à subir son procès, il n'est que juste que les personnes atteintes d'arriération mentale puissent bénéficier de ce moyen de défense. Il suffirait, pour cela, de substituer au terme «imbécillité naturelle» le terme «déficience mentale».

b) Maladie mentale

Le terme «maladie mentale» appartient au droit et non à la médecine. Par conséquent, ce n'est qu'avec l'extension relativement récente du moyen de défense fondé sur l'automatisme qu'il a commencé à soulever des difficultés.

À l'époque de l'affaire *M'Naghten*, on reconnaissait déjà l'automatisme comme moyen de défense, mais seulement dans des cas très clairs comme le somnambulisme[33]. Au cours des dernières années, cependant, avec le perfectionnement des connaissances médicales, l'automatisme a été invoqué en défense dans des cas beaucoup moins évidents tels que les tumeurs au cerveau[34], l'artériosclérose[35] et l'épilepsie[36].

Il est donc devenu nécessaire de faire la distinction entre l'automatisme et l'aliénation mentale. L'automatisme «pur» consiste dans un état accidentel qui ne constitue donc pas une source continuelle de danger. L'automatisme attribuable à l'aliénation mentale est un état causé par un facteur inhérent à l'accusé; cet état est susceptible de récurrence et constitue une source de danger.

Il a donc fallu redéfinir la maladie mentale. Traditionnellement, on croyait que la psychopathie criminelle était une sous-catégorie de l'aliénation mentale au sens médical du terme, et que «maladie mentale» était synonyme de cette dernière expression. Cependant, en Angleterre, dans l'affaire *R. v. Kemp*[37], le sens du terme «maladie mentale» a été étendu de façon à inclure toute maladie, tant physiologique que mentale, susceptible de modifier l'état psychique du malade.

À notre avis, cette évolution a conduit à un résultat positif et nécessaire. Bien que ce soit peut-être aller à l'encontre du sens ordinaire des mots que de qualifier d'aliénée une personne souffrant d'épilepsie ou d'artériosclérose, une définition large du terme «maladie mentale» se justifie de plusieurs façons. D'abord, elle permet de faire la distinction entre l'automatisme pur et l'automatisme provoqué par l'aliénation mentale. Ensuite, elle implique que ce sont les règles de l'aliénation mentale qui s'appliquent au cas du prévenu qui souffre d'automatisme attribuable à l'aliénation mentale. En pareil cas, le prévenu pourra éventuellement être soumis à un examen psychiatrique et être détenu, si besoin est. Enfin, elle met en évidence le fait qu'en droit, la question de l'aliénation mentale doit être tranchée par les juges et les jurés, et non par les médecins et les psychiatres.

En conséquence, c'est le terme «maladie mentale» qui est utilisé dans le projet, lequel ne contient pas de définition de ce terme pour deux raisons. La première, c'est qu'il s'agit d'un terme qui est courant de nos jours, qui a fait l'objet d'explications complètes en jurisprudence, et qui est parfaitement bien compris des juristes[38]. En second lieu, comme il est impossible de prévoir jusqu'où ira l'évolution des connaissances scientifiques dans ce domaine, il semble plus prudent de définir la notion de maladie mentale de façon souple, afin qu'elle puisse s'adapter à la pratique, plutôt que de l'enfermer dans un carcan.

c) Mauvais

Ni l'article 16 du *Code criminel*, ni les règles *M'Naghten* ne définissent le mot «mauvais». Récemment, cependant, tant

au Canada qu'en Angleterre, les tribunaux ont jugé qu'il désignait le caractère illégal de l'acte[39]. Par conséquent, un aliéné qui est incapable de comprendre que le meurtre est un acte moralement mauvais, mais qui sait que cet acte est interdit par le *Code criminel*, ne peut se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale.

Cette interprétation du mot «mauvais» se fonde, entre autres, sur l'argument suivant: un critère basé sur la connaissance de ce qui est moralement mauvais ne peut être fiable que dans la mesure où il existe, au Canada, une définition universellement acceptée du bien et du mal. Pourtant, rien n'est moins sûr, et l'on n'a qu'à songer, pour s'en convaincre, à la controverse dont l'avortement fait actuellement l'objet. En l'absence de consensus, un tel critère risque de nous entraîner sur le terrain glissant de la subjectivité puisque, pour se disculper, un accusé n'aurait qu'à dire que, selon ses principes moraux personnels, son acte n'avait rien de répréhensible. On peut éviter ce piège en adoptant un critère plus objectif fondé sur la connaissance du caractère illégal d'un acte.

Par contre, on peut également soutenir la position contraire. Premièrement, en common law, on a traditionnellement donné au mot «mauvais» le sens de «moralement mauvais», et les décisions contraires sont assez récentes[40]. Deuxièmement, l'expression «agissait mal» que contient la règle analogue en matière de minorité (selon laquelle un enfant dont l'âge se situe entre sept et quatorze ans ne peut être coupable à moins qu'il n'ait pu juger qu'il agissait mal) désigne, selon l'interprétation qu'on en a généralement faite, le caractère moralement répréhensible d'un acte. Troisièmement, même s'il semble inopportun d'acquitter un accusé qui savait que son acte était illégal mais qui le considérait comme justifiable au regard de ses principes moraux personnels, il n'en demeure pas moins que le fait d'acquitter une personne qui savait que son acte était moralement répréhensible mais qui, à cause de sa maladie mentale, ne savait pas que cet acte était illégal, constitue un aussi grand danger.

Enfin, le plus important, c'est qu'il faut prendre en considération le fait que, dans les cas de cette nature, l'accusé est

atteint d'une maladie mentale. Aussi est-ce une absurdité que d'essayer de vérifier jusqu'à quel point il connaît la loi. On doit plutôt tenir compte de ses motifs, de même que de sa perception générale de l'acte, c'est-à-dire dans quelle mesure il le jugeait acceptable. «La question que doit se poser le jury est celle de savoir si la maladie mentale de l'accusé entravait son processus mental au point de le rendre incapable de savoir que ses actes étaient moralement mauvais. Certains prétendent qu'un critère fondé sur la notion de moralité favorise le criminel amoral et que se trouvent ainsi privilégiés ceux qui se sont débarrassés de tout scrupule. Cet argument ne tient pas compte du facteur que constitue la maladie mentale. Si, par suite d'une maladie mentale, le criminel est totalement incapable de discernement moral et agit sous l'empire du délire, on peut dire avec raison qu'il n'est pas criminellement responsable[41].»

Toutefois, cette question continue de soulever de vifs débats. Ainsi, dans l'affaire *Schwartz*[42], l'arrêt de la Cour suprême du Canada a été rendu à la majorité de cinq contre quatre. Par conséquent, en vue d'éclaircir davantage cette question, nous proposons deux projets de disposition.

d) Hallucinations

Selon la règle traditionnelle énoncée dans le *Code criminel*, une personne qui a des hallucinations sur un point particulier ne peut être acquittée pour cause d'aliénation mentale, «à moins que les hallucinations ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission[43]». Cette règle a fait l'objet de nombreuses critiques et, de fait, a rarement été appliquée[44]. D'une part, les autorités médicales rejettent l'idée de l'aliénation mentale partielle, et d'autre part, les juristes insistent sur le fait qu'il est injuste et illogique d'appliquer une règle qui suppose des réactions normales chez celui qui est mentalement anormal. Par exemple, le paranoïaque qui tue son persécuteur ne pourra être acquitté que si, eu égard à la persécution imaginée, ce meurtre constitue de la légitime défense; autrement dit, la loi exige de lui qu'il soit conséquent dans sa folie. Aussi croyons-nous que cette règle au sujet des hallucinations devrait être mise de côté.

e) Note au sujet de la charge de la preuve

Le paragraphe 16(4) du *Code* actuel énonce la règle suivante: «Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit». On a reconnu dans ce principe fondé sur les règles *M'Naghten*, une exception au principe du doute raisonnable en droit pénal[45]. Lors d'un procès, lorsque l'accusé soulève la question de l'aliénation mentale au moment de la perpétration de l'infraction, il doit réfuter la présomption de l'article 16 *C.cr.* en établissant, par une preuve prépondérante, qu'il souffrait effectivement d'aliénation[46]. L'accusé assume donc, pour la question de l'aliénation mentale, non seulement la charge de présentation de la preuve, mais aussi le fardeau de persuasion.

La règle qui précède va à l'encontre du principe fondamental de droit pénal en matière de preuve. Selon ce principe, il incombe à la poursuite, d'une part, de prouver «hors de tout doute raisonnable» que l'accusé est coupable en établissant que l'accusé a commis l'acte qui lui est reproché, et d'autre part, de réfuter tout moyen de défense soulevé par l'accusé. Dans le cas présent, au contraire lorsqu'un accusé invoque l'aliénation mentale comme moyen de défense, la poursuite n'a qu'à prouver «hors de tout doute raisonnable» que l'accusé a commis l'acte reproché tandis que ce dernier doit prouver sa défense par la prépondérance des probabilités. Cependant, avec la reconnaissance du moyen de défense fondé sur l'automatisme, les tribunaux ont eu à statuer sur des affaires où, après que l'accusé eut plaidé l'automatisme, la poursuite soulevait la question de l'aliénation mentale de l'accusé[47]. En permettant à la poursuite d'agir ainsi, les tribunaux ont exigé de celle-ci le même degré de preuve, soit la preuve prépondérante. Ainsi, l'aliénation mentale a cessé d'être un simple moyen de défense, et elle est devenue une question d'ordre public qui peut être soulevée par toute partie, et même d'office par le tribunal[48].

Cependant, cela ne suffit pas, en soi, à justifier le transfert du fardeau de persuasion. En effet, on pourrait faire assumer à la partie qui soulève la question de l'aliénation mentale la charge de la preuve, tout en laissant à l'accusé le bénéfice du doute raisonnable. On pourrait prétendre que, vu la présomp-

tion qui existe à l'encontre de l'aliénation mentale, une fois l'aliénation mentale prouvée de façon suffisante, il appartient à la poursuite de réfuter cette preuve «hors de tout doute raisonnable».

En fait, c'est une autre raison qui justifie le transfert du fardeau de persuasion. Contrairement aux autres moyens de défense, celui qui est fondé sur l'aliénation mentale ne se traduit pas, même s'il est invoqué avec succès, par un acquittement complet, mais bien par un verdict spécial et une ordonnance de détention jusqu'à ce que l'accusé soit en état d'être libéré[49]. Par conséquent, lorsqu'un accusé tente de se faire acquitter en invoquant l'automatisme, si la poursuite cherche à obtenir une ordonnance de détention pour cause d'aliénation mentale contre l'accusé, il n'est que juste qu'elle ait à prouver l'aliénation mentale. Par contre, lorsque, afin d'éviter une condamnation, un accusé préfère être détenu pour cause d'aliénation mentale, il n'est que juste, également, que ce soit à lui qu'il incombe d'établir sa propre aliénation mentale. En résumé, puisque, dans un cas comme dans l'autre, c'est une ordonnance de détention particulière que l'on cherche à obtenir, la partie qui demande cette ordonnance doit prouver de façon positive l'existence de troubles mentaux justifiant une telle ordonnance.

En principe, les questions de preuve ne font pas l'objet de la partie générale du *Code criminel*. Dans le cas présent, cependant, puisqu'il s'agit d'une exception importante au principe général, nous avons inclus en termes explicites dans le projet la règle qui s'applique actuellement dans notre droit.

DISPOSITION PROPOSÉE

Troubles mentaux

Projet n° 1

5. Bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite quiconque, si la preuve est faite de cette incapacité, était

incapable, en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale, de juger la nature, les conséquences ou l'illégalité de cette conduite.

Troubles mentaux

Projet nº 2

5. Bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite quiconque, à condition que la preuve soit faite de cet état, était privé, en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale, de la capacité effective de juger la nature, les conséquences ou le caractère moralement répréhensible de cette conduite ou de se conformer aux exigences de la loi.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Chacun des deux projets soumis vise à remplacer l'article 16 *C.cr.*, et reproduit, quant au fond, les paragraphes (1), (2) et (4) de cet article. Le paragraphe (1) est remplacé par les mots «bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite», et le paragraphe (4), par les mots «si la preuve est faite». Pour les raisons que nous avons déjà données, la règle du paragraphe 16(3) a été abandonnée.

Le projet nº 1

Ce projet reprend, quant au fond, le critère de la capacité du paragraphe 16(2) *C.cr.*, qui met l'accent sur l'effet de la maladie mentale de l'accusé sur sa capacité de juger la nature et la qualité de son acte ou de son omission, et de savoir que cet acte ou cette omission est mauvaise.

L'emploi des mots «la nature, les conséquences» est justifié par l'interprétation jurisprudentielle des mots «la nature et la qualité» du paragraphe 16(2) *C.cr.*: *La Reine c. Barnier*[50].

Le terme «illégalité» évoque le caractère répréhensible de l'acte, du point de vue de la loi. Le choix de ce terme est en accord avec le sens que les tribunaux ont donné au mot «mauvais» contenu au paragraphe 16(2) *C.cr.*: *Schwartz c. La Reine*[51].

Les mots «acte ou omission» sont remplacés par un seul terme: «conduite» (voir ci-dessus nos commentaires sur ce point, au sujet de la minorité). Dans le projet, le verbe «juger» s'applique tant à l'illégalité qu'à la nature et aux conséquences de la conduite de l'accusé. Par contre, au paragraphe 16(2) *C.cr.*, l'application du même verbe est restreinte à la nature et à la qualité de l'acte ou de l'omission, et c'est le verbe «savoir» qui est employé pour ce qui est du caractère répréhensible de l'acte ou de l'omission. Selon la jurisprudence récente, le verbe «savoir» n'exige qu'une simple connaissance alors que «juger» implique un degré plus élevé d'analyse, de connaissance ou d'expérience: *La Reine c. Barnier*[52]; «le mot ‹juger› . . . introduit une exigence qui s'ajoute à la simple connaissance de la qualité matérielle de l'acte», et exige une capacité de comprendre la nature de l'acte et ses conséquences: *Cooper c. La Reine*[53]. Dans le projet, l'emploi du seul verbe «juger» rend le critère plus uniforme.

On remarquera que dans le projet, tout comme dans le droit actuel, le critère de l'incapacité ne vise pas les impulsions irrésistibles ni les troubles de la personnalité, car ces derniers sont liés à l'affaiblissement de la volonté. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, ils peuvent être les symptômes d'une maladie mentale qui rend l'accusé incapable de juger sa conduite. Cela vaut autant sous le régime proposé que sous le régime actuel.

Les réticences qu'éprouve le législateur à reconnaître les impulsions irrésistibles comme moyen de défense, proviennent du fait qu'il est difficile de distinguer les impulsions qui sont vraiment irrésistibles de celles auxquelles on n'a tout simplement pas voulu résister. Il arrive toutefois que la preuve d'une impulsion à laquelle l'accusé n'a pas voulu résister soit accompagnée d'une preuve de maladie mentale. En pareil cas, le

législateur doit attaquer le problème de front et déterminer la culpabilité. Le fait d'opter pour un critère cognitif de la responsabilité est une façon de contourner la question. Le moyen d'y faire face, c'est de prendre en considération, comme dans le projet nº 2, l'aspect moral de la culpabilité criminelle.

Les mêmes remarques s'appliquent à la notion de responsabilité atténuée, dont nous avons déjà parlé. Dans l'état actuel du droit, les troubles mentaux peuvent avoir un effet sur la responsabilité pénale de deux façons. Tout d'abord, l'accusé qui en est atteint peut se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale, à condition que les conditions prévues au paragraphe 16(2) *C.cr.* soient remplies. Ensuite, même si les troubles mentaux n'empêchent pas l'accusé de juger sa conduite, ils peuvent constituer un moyen de défense valide s'ils l'ont empêché d'avoir l'intention spécifique d'une infraction donnée[54]. Le projet nº 1 reprend cette position.

Le projet nº 2

La formulation de ce projet va au-delà des règles du droit actuel, qui est fondé sur la conception «intellectualiste» du libre arbitre, courante au siècle dernier. Actuellement, l'aliénation mentale se limite à l'affaiblissement de la capacité de discernement. En vertu du projet nº 2 qui tient compte des découvertes modernes en matière de comportement humain, le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale vise également l'affaiblissement de la maîtrise de soi.

Cette modification des règles actuelles se justifie de plusieurs façons. Premièrement, depuis la formulation des règles *M'Naghten*, on a reconnu de plus en plus que les troubles mentaux présentent non seulement un aspect cognitif mais aussi un aspect conatif. Par conséquent, et c'est là le deuxième argument, plusieurs États ont édicté, dans leurs lois, des règles relatives à la notion de responsabilité atténuée (voir l'article 2 du *English Homicide Act 1957*). Le troisième argument vient de l'analogie qui existe entre la notion de responsabilité atténuée et la provocation; en effet, les deux consistent dans un

affaiblissement de la maîtrise de soi. Il n'y a donc aucune raison pour que seule la provocation puisse réduire la responsabilité pénale. Enfin, force nous est de tenir compte de l'attitude que les tribunaux ont adoptée, en pratique, face à ce problème. Si la Cour suprême du Canada a, à plusieurs reprises, refusé de reconnaître l'existence de la notion de responsabilité atténuée, les différentes cours d'appel ont indirectement reconnu qu'il s'agit là d'un élément qui, tout en étant distinct de l'aliénation mentale, doit entrer en considération pour déterminer le *mens rea*. L'approche adoptée dans le projet nº 2 se conforme donc à la psychologie moderne, à l'évolution récente qu'ont connue d'autre pays, de même qu'aux principes appliqués par les tribunaux canadiens.

Il faut cependant ajouter qu'à cet égard, la pratique actuelle est loin d'être satisfaisante. Alors que, en vertu des articles 16 et 542 *C.cr.*, le manque de discernement entraîne un acquittement complet, sous réserve d'un verdict spécial et d'une ordonnance de détention, le manque de maîtrise de soi se traduit, au mieux, par une réduction de l'accusation. Ainsi, une personne qui manque de discernement peut se voir acquitter purement et simplement d'une accusation de meurtre. Quant à la personne qui manque de maîtrise d'elle-même, tout ce qu'il lui est permis d'espérer, c'est d'être acquittée de l'accusation de meurtre et d'être condamnée pour homicide involontaire coupable ou pour une autre infraction moindre, parce que sa faiblesse n'aura suffi qu'à l'empêcher d'avoir le *mens rea* requis par la définition de l'infraction dont elle était accusée.

Cet état de choses laisse à désirer pour au moins deux raisons. En premier lieu, une trop grande importance est accordée à la définition légale de l'infraction reprochée, au détriment des fondements moraux de la responsabilité pénale. En second lieu, cette pratique se traduit par la condamnation, quoique pour une infraction moindre, d'aliénés à qui un traitement médical serait plus approprié qu'une punition.

C'est pour cette raison que dans le projet nº 2, cette notion qu'on appelle responsabilité atténuée est incorporée à la règle

relative aux troubles mentaux. En vertu de cette disposition, on traiterait de la même façon la personne qui manque de maîtrise d'elle-même et celle qui manque de discernement. Au lieu d'être condamnée pour une infraction moindre, la première, comme la seconde, pourrait être acquittée purement et simplement, sous réserve d'un verdict spécial et d'une ordonnance de détention, conformément à l'article 542 *C.cr.*

On remarquera qu'en ce qui a trait à l'accusé qui présente une personnalité psychopathique (ou sociopathique), les dispositions du projet nº 2 ne soulèvent ni plus ni moins de problèmes que le droit actuel. À la lumière des expertises effectuées dans ce domaine, il semble que l'on puisse distinguer trois catégories de psychopathes. D'abord, ceux qui n'éprouvent aucun sentiment de culpabilité, aucun scrupule à l'égard d'autrui ne font l'objet d'aucune règle particulière ni en droit actuel, ni en vertu du présent projet. Quant aux psychopathes qui sont atteints de troubles mentaux se traduisant par un manque de maîtrise de soi, on peut considérer, selon les règles actuelles, qu'ils n'ont pas le *mens rea*, comme nous l'avons vu plus haut; aux termes du projet nº 2, ils pourraient être acquittés pour cause de troubles mentaux. Enfin, ceux qui, à cause de troubles mentaux, manquent de discernement, peuvent, tant en droit actuel qu'en vertu des dispositions du projet nº 2, être acquittés pour cause de troubles mentaux.

En ajoutant les mots «capacité effective . . . de se conformer aux exigences de la loi», on obtient plusieurs effets. Premièrement, on étend la portée du moyen de défense fondé sur les troubles mentaux, de façon que la personne qui manque de maîtrise d'elle-même puisse s'en prévaloir. Deuxièmement, on met en évidence le fait qu'il s'agit d'une question essentiellement normative relevant du jury. Troisièmement, on énonce de façon claire que les normes établies en droit pénal ne doivent pas s'appliquer aux individus qui, à cause de leur état anormal, sont privés de discernement ou de la capacité de se maîtriser. Enfin, à l'instar du droit actuel, cette modification ne vise pas à faire de l'impulsion irrésistible (voir plus haut) un moyen de défense en soi, mais plutôt à en faire un élément

dont il doit être tenu compte, puisqu'il peut être le symptôme d'une maladie mentale qui empêche celui qui en est atteint de se conformer aux exigences de la loi.

B. EXCUSES

Il y a, en fait, huit excuses dont le caractère général justifie l'inclusion dans la partie générale. Il s'agit des excuses suivantes: l'intoxication, l'automatisme, la contrainte physique et l'impossibilité absolue, l'erreur de fait, l'erreur de droit, la contrainte morale et la nécessité.

1. Intoxication

Il est clair que l'intoxication constitue un problème en droit pénal. À cet égard, il faut noter que, bien qu'en common law le mot «ivresse» soit plus usité, le terme «intoxication» doit lui être préféré. Il évoque en effet un concept plus large qui n'est pas restreint à l'alcool, et qui est plus approprié, compte tenu de la jurisprudence actuelle.

L'intoxication pose un problème en droit pénal et cela pour plusieurs raisons. Premièrement, il est clair que la consommation d'alcool et à un moindre degré, de drogues, est souvent un facteur déterminant du comportement criminel. Deuxièmement, la société a sur la question une position quelque peu équivoque car d'une part, elle admet la consommation d'alcool et aussi, à un moindre degré, l'usage de drogues, en tant qu'activité sociale, mais d'autre part, elle en condamne les effets. Troisièmement, l'intoxication peut diminuer les facultés du délinquant, sa capacité de se maîtriser ainsi que son sens moral, et en même temps, faire de lui un danger pour la société, contre lequel celle-ci doit se prémunir.

Le common law

Les juristes de common law ont cherché une solution qui puisse régler cette dernière contradiction. Pour ce faire, ils ont établi une distinction entre deux types d'intoxication. Le premier type, l'intoxication involontaire, consiste dans un état d'ébriété qui n'est attribuable à aucune faute de la part de l'accusé; par exemple, l'accusé a été incité à boire, soit par la force, soit par la ruse, ou encore il ignorait qu'il consommait de l'alcool. La validité de l'intoxication involontaire comme moyen de défense n'a jamais fait de doute. Par contre, le second type d'intoxication, soit l'intoxication volontaire, résulte du fait de l'accusé qui est alors en faute, et par conséquent, ne constitue pas un moyen de défense[55].

Au cours des années, cependant, les juristes de common law ont adouci la rigueur de leur position en ce qui concerne l'intoxication volontaire. Des règles particulières ont en effet été adoptées dans deux cas exceptionnels. Dans le premier cas, la consommation d'alcool provoque un état d'aliénation mentale de telle sorte qu'au moment de la perpétration de l'infraction, le prévenu souffre d'une déficience de la raison attribuable à une maladie mentale[56]. Dans le second cas, l'état d'intoxication empêche l'accusé d'avoir l'intention ou le dessein requis par la définition de l'infraction dont il est accusé[57].

Le droit canadien en matière d'intoxication n'a pas encore été codifié. Les règles du commom law en vigueur peuvent être résumées de la façon suivante: (1) l'intoxication involontaire est une excuse valable; (2) en général, l'intoxication volontaire n'est pas une excuse valable; (3) la maladie mentale qui résulte de la consommation d'alcool doit être considérée de la même façon que celle qui provient de toute autre cause; (4) même si elle résulte de l'intoxication, l'impossibilité d'avoir le dessein requis pour commettre une infraction permet d'écarter la responsabilité de l'accusé dans le cas de cette infraction[58].

Les problèmes soulevés par le droit actuel

L'état actuel du droit soulève trois problèmes. Le premier a trait à la distinction qu'il y a lieu de faire entre l'intoxication et les troubles mentaux. Le deuxième problème est lié à la nature même de l'intoxication involontaire. Enfin, le dernier problème touche l'effet de l'intoxication volontaire dans le cas d'infractions dont la définition requiert une intention spécifique.

(1) Intoxication et troubles mentaux

On a souvent mal compris la règle qui régit les troubles mentaux dus à l'intoxication. En effet, on a utilisé cette règle pour justifier un verdict d'aliénation mentale dans tous les cas où l'intoxication a empêché le prévenu de connaître la nature de son acte[59]. Cependant, dans l'arrêt *Davis*[60], sur lequel s'est appuyée la Chambre des lords dans l'affaire *Beard*[61], le verdict d'aliénation mentale était fondé, non pas sur l'intoxication parce que, en fait, l'accusé n'était pas ivre, mais bien sur la maladie mentale résultant de la consommation d'alcool. En réalité, le principe établi par cet arrêt est que, quelle qu'en soit la cause, l'aliénation mentale constitue un moyen de défense. En pratique, toutefois, étant donné que les cas de cette nature sont rares, il n'est pas nécessaire de les prévoir de façon détaillée. Tant en droit actuel qu'en vertu des dispositions qui figurent dans le présent projet, c'est la règle qui régit l'aliénation mentale qui s'applique dans tous les cas, peu importe la cause de l'aliénation.

(2) L'intoxication involontaire

L'intoxication involontaire est un moyen de défense absolu si elle a empêché l'accusé d'avoir le *mens rea*[62]. Cependant, il existe encore une certaine confusion en jurisprudence sur la question de savoir si l'intoxication constitue un moyen de défense en soi ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une forme particulière de l'automatisme[63].

(3) L'intoxication volontaire

Selon le droit actuel, la validité de l'intoxication volontaire comme moyen de défense dépend des circonstances. L'intoxication volontaire peut donner lieu à un acquittement dans le cas d'une infraction caractérisée par une intention spécifique, et à une condamnation dans le cas d'une infraction moindre dont la définition ne requiert qu'une intention générale[64]. Par exemple, dans le cas d'une personne accusée de vol qualifié, si son état d'intoxication l'a empêchée d'avoir l'intention de voler, elle doit être acquittée de l'accusation de vol qualifié mais, bien qu'elle n'ait pas eu conscience de ce qu'elle faisait, elle peut se voir condamner pour l'infraction moindre de voies de fait. En effet, alors que le vol qualifié est une infraction caractérisée par une intention spécifique, les voies de fait par définition ne requièrent qu'une intention générale. Or, l'absence d'intention attribuable à l'intoxication ne constitue un moyen de défense qu'à l'égard d'une infraction caractérisée par une intention spécifique[65].

On peut mettre en doute la logique de cette règle fondée sur la distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique. Dans l'exemple qui précède, il est bien possible qu'à cause de l'état d'intoxication dans lequel il se trouvait, l'accusé n'ait eu ni l'intention de voler, ni l'intention de commettre des voies de fait. En toute logique, on pourrait donc soutenir qu'il doit y avoir, à l'égard des deux infractions, ou bien un acquittement, ou bien une condamnation.

En principe, cependant, la règle qui précède est défendable car la distinction qui existe entre l'intention générale et l'intention spécifique vient du simple bon sens. Selon les principes généralement acceptés, un acte qui n'est pas répréhensible en soi peut le devenir s'il est accompli dans un dessein condamnable. De même, l'acte qui est mauvais en soi (les voies de fait, par exemple) le devient encore plus si, en outre, il est fait dans un dessein répréhensible (dans le dessein de tuer, par exemple). C'est pour cette raison que dans la loi, le dessein éventuel d'un accusé figure parmi les critères qui déterminent la gravité d'une infraction. Cela permet de faire la

distinction entre les infractions moindres telles les voies de fait et les infractions plus graves comme le vol qualifié, c'est-à-dire les voies de fait commises avec l'intention de voler.

En pratique, toutefois, cette règle n'est pas à l'abri des critiques lorsqu'il s'agit de l'appliquer en matière d'intoxication. En effet, elle fait porter l'attention, non pas sur la faute personnelle de l'accusé mais plutôt sur les termes utilisés dans la définition de l'infraction dont il est accusé. Les tribunaux s'embourbent alors dans de laborieuses analyses sémantiques et dans la question de savoir si l'exigence d'une intention spécifique est explicite ou implicite. Enfin, lorsque l'accusé est condamné pour une infraction dont la définition exige une intention générale, il se voit imputer un état d'esprit qu'il n'avait pas. Comme l'a observé le juge Dickson qui était dissident dans l'affaire *Leary*[66], «pour quelle raison maintenir en droit criminel — qui devrait se distinguer par sa clarté, sa simplicité et sa précision — une notion aussi difficile à comprendre et à appliquer que l' ‹intention spécifique› ?».

En dépit de ces objections, la règle actuelle vise d'abord la protection de l'intérêt public. Quelle que soit son intention, une personne ne peut impunément se permettre d'être une source de danger pour autrui. En somme, comme l'a remarqué lord Salmon dans l'affaire *Majewski*[67], [TRADUCTION] «le premier volet de la règle, qui permet l'acquittement de l'accusé à l'égard d'une infraction dont la définition exige une intention spécifique, empêche toute sévérité injustifiée, sans pour cela mettre en jeu la sécurité du public; le second volet, selon lequel l'accusé peut être condamné pour une infraction caractérisée par une intention générale, s'applique sans constituer un déni de justice envers l'accusé».

Devant un tel dilemme où la logique s'oppose à l'équité, on pourrait opter pour la solution du droit actuel, solution qui donne priorité à la sécurité du public sur la logique, et selon laquelle l'intoxication ne vaut comme excuse qu'à l'égard d'infractions dont la définition exige une intention spécifique, et non à l'égard de celles qui, par définition, ne comportent qu'une intention générale. Par contre, la loi pourrait aussi

prévoir que dans tous les cas d'intoxication, le délinquant doit être acquitté s'il n'avait pas l'intention requise par la définition de l'infraction, que cette intention soit générale ou spécifique, mais qu'il doit être trouvé coupable de la faute qu'il a effectivement commise, et qui consiste à avoir été dans un tel état d'intoxication qu'il constituait un danger pour le public. Cette solution qui, pour reprendre les termes du juge Dickson, permettrait d'éviter l'écueil d'«une fiction juridique qui contrevient aux principes fondamentaux du droit pénal et rend le droit applicable à la fois confus et variable[68]», nécessiterait la création d'une nouvelle infraction: l'intoxication criminelle. Ce nouveau régime pourrait s'appliquer soit aux seuls actes criminels proprement dits, soit à toutes les infractions en général.

En vue de recueillir les commentaires motivés du public, nous proposons deux formulations différentes de cette disposition. Selon la première, la loi actuelle ne serait pas modifiée sauf qu'il faudrait définir les infractions de façon plus rigoureuse afin d'éviter les tergiversations sur la question de savoir si, dans chaque cas, une intention spécifique est requise ou non. Selon la seconde, le moyen de défense pourrait s'appliquer à toutes les infractions sous réserve de la responsabilité pour la nouvelle infraction d'intoxication criminelle prévue pour les cas d'intoxication volontaire. Cette conduite tomberait sous le coup de la nouvelle infraction incluse qu'est l'intoxication criminelle.

DISPOSITION PROPOSÉE

Intoxication

Projet nº 1

6. (1) **Bénéficie d'une excuse quiconque commet une infraction dont la perpétration résulte de son intoxication par l'alcool ou une autre drogue, à moins que cette intoxication ne soit due à son propre fait.**

(2) La personne dont l'intoxication est due à son propre fait ne bénéficie d'une excuse que si la définition de l'infraction qu'elle commet exige un dessein de sa part et si [elle prouve qu']elle n'avait pas ce dessein.

Intoxication

Projet nº 2

6. (1) Sauf disposition contraire, bénéficie d'une excuse quiconque commet une infraction dont la perpétration résulte de son intoxication par l'alcool ou une autre drogue.

(2) Quiconque bénéficie de l'excuse prévue par le paragraphe (1) est coupable de l'infraction d'intoxication criminelle définie à la Partie . . . du présent *Code* sauf s'il prouve que son intoxication résultait d'une fraude, d'une contrainte morale ou physique ou d'une erreur raisonnable.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Le projet nº 1

Le projet nº 1 constitue une codification du droit actuel. En vertu du paragraphe (1), l'intoxication involontaire offre un moyen de défense à l'égard de toute infraction qui est commise en raison de l'état de l'accusé. En vertu du paragraphe (2), l'intoxication qui résulte du fait de l'accusé n'est pas un moyen de défense sauf si la définition de l'infraction exige un dessein particulier et que l'accusé, à cause de son état, n'ait pas eu ce dessein. Dans un tel cas, le délinquant peut être acquitté de l'infraction dont il était accusé, mais il peut être condamné pour une infraction incluse, s'il en est, qui n'est pas caractérisée par un dessein spécifique. Par conséquent, dans le cas du

projet n° 1, qui perpétue l'état actuel du droit, la validité de l'intoxication qui résulte du fait de l'accusé, comme moyen de défense, dépend, non pas du degré d'intoxication, mais bien de la nature de l'infraction.

Le projet n° 2

Le projet n° 2 fait de l'intoxication un moyen de défense absolu, quelle que soit la nature de l'infraction. Par ailleurs, aucune distinction n'est faite entre l'intoxication volontaire et l'intoxication involontaire, toutes deux se soldant par un acquittement. Cependant, dans le cas de l'intoxication volontaire, l'accusé peut se voir condamner pour la nouvelle infraction d'intoxication criminelle. Les mots «sauf disposition contraire» visent les infractions (y compris l'intoxication criminelle) dont l'un des éléments consiste justement dans l'intoxication.

Il est à noter que l'intoxication peut se présenter concurremment avec d'autres moyens de défense comme les troubles mentaux, l'automatisme et l'erreur de fait. Lorsque l'intoxication se traduit par un trouble mental, c'est la règle concernant l'aliénation mentale qui s'applique (l'article 5 du projet). Si, par contre, c'est un comportement inconscient ou involontaire qui en résulte, la règle concernant l'automatisme (l'article 7 du projet) ne peut pas s'appliquer car elle exclut expressément les dérèglements mentaux dus à l'intoxication. Enfin, le moyen de défense fondé sur l'erreur de fait (l'article 9 du projet) peut être invoqué lorsque l'erreur est due à l'intoxication de l'accusé, mais celui-ci pourra éventuellement être condamné pour intoxication criminelle, si son état a été causé par son propre fait.

L'emploi des mots «commet une infraction dont la perpétration résulte de son intoxication» vise à éviter la distinction traditionnelle entre l'intention générale et l'intention spécifique. Cette formulation met en évidence le caractère purement causal du lien entre l'infraction et l'intoxication, de sorte qu'une fois établi ce lien de causalité, l'accusé peut se prévaloir du moyen

de défense fondé sur l'intoxication; mais du même coup, il peut se voir condamner pour intoxication criminelle.

L'infraction incluse d'intoxication criminelle — Le projet nº 2

Nous proposons l'inclusion, parmi les infractions inchoatives, d'une nouvelle infraction d'intoxication criminelle. Semblable à celle qui a été proposée en Angleterre, en 1975, par le *Committee on Mentally Abnormal Offenders* (Cmnd-6244), cette infraction pourrait être définie de la façon suivante:

> [TRADUCTION] Quiconque commet ce qui, n'eût été son état d'intoxication, aurait constitué une infraction, est coupable d'intoxication criminelle sauf s'il prouve que son état résultait d'une fraude, d'une contrainte morale ou physique, ou d'une erreur raisonnable.

Cette disposition vise la personne qui, du fait qu'elle a agi sous le coup de l'intoxication, serait, en vertu des règles du droit actuel, acquittée d'une infraction caractérisée par une intention spécifique et condamnée pour une infraction dont la définition exige une intention générale. Aux termes du projet nº 2, cette personne serait acquittée de toute infraction commise en raison de son état d'intoxication, mais serait coupable de la nouvelle infraction d'intoxication criminelle, à moins qu'elle ne démontre que son intoxication était involontaire.

Pour ce faire, l'accusé doit prouver que c'est par la ruse ou par la force qu'on lui a fait prendre de l'alcool, ou alors qu'il a commis une erreur raisonnable sur la nature ou sur les effets possibles de la boisson qu'il a consommée. Ainsi, un accusé pourrait éviter une condamnation en établissant, par exemple, que ce qu'il croyait être de l'eau était, en fait, de la vodka, ou encore qu'il n'avait aucune raison de prévoir que l'effet conjugué des médicaments que son médecin lui avait prescrits et de l'alcool qu'il avait consommé provoquerait un état d'intoxication. Dans ce dernier cas, ce sont les circonstances qui doivent déterminer ce qui était ou n'était pas raisonnablement prévisible: son médecin l'avait-il prévenu? a-t-il déjà connu une expérience semblable? les effets que peut avoir ce

médicament, s'il est pris en même temps que de l'alcool, sont-ils connus du public en général?

Supposons que pour sa défense, un accusé allègue ce qui suit: «Tous les samedis soirs, depuis plusieurs années, je bois un litre de whisky sans ressentir aucun effet. Mais samedi dernier, ça m'a rendu tellement ivre que j'ai tué un homme. Je n'avais aucune raison de prévoir que cela me ferait un tel effet. J'ai fait une erreur raisonnable.» Cette personne devrait-elle être acquittée? Le serait-elle aux termes du présent projet?

D'abord, cette personne devrait-elle être acquittée? Spontanément, on a sûrement tendance à répondre: «non». Chacun sait qu'une telle quantité d'alcool est susceptible de provoquer un état d'ivresse, qu'une personne aurait tort de trop se fier à son expérience et enfin, que celui qui consomme de l'alcool le fait à ses risques et périls. Si, par contre, ce n'était pas un litre de whisky, mais bien un petit verre de vin que buvait l'accusé tous les samedis soirs et qui, le soir en cause, a provoqué chez lui un état d'intoxication, on serait tout de suite tenté de répondre: «oui, il devrait être acquitté». En effet, bien que chacun connaisse les effets de l'alcool, il est généralement admis qu'un petit verre de vin ne fait de tort à personne, et qu'on ne peut, en toute justice, exiger d'une personne qu'elle prévoie ce qui, en fait, est imprévisible. Par conséquent, la seule réponse sensée que l'on puisse apporter à la question, est: «cela dépend des circonstances».

En second lieu, l'accusé serait-il acquitté de l'infraction d'intoxication criminelle aux termes du projet nº 2? Pas nécessairement. Il faudrait pour cela que les circonstances démontrent que son erreur au sujet de l'effet du litre de whisky était raisonnable. Il va sans dire qu'une de ces circonstances consiste dans le fait que chacun sait que plus la quantité d'alcool consommée est grande, plus le risque d'intoxication est grand. Pour cette raison, il est fort probable que, dans notre exemple, l'accusé aurait de la difficulté à établir que son erreur était raisonnable.

D'un point de vue strictement logique, on pourrait peut-être se contenter de définir l'infraction d'intoxication criminelle

comme le fait pour une personne d'être dans un état d'intoxication qui la rend susceptible de commettre une infraction. Il y a cependant trois raisons pour lesquelles on exige que l'accusé ait effectivement commis ce qui, autrement, serait une infraction. Premièrement, il est difficile d'imaginer comment on pourrait établir que l'accusé était susceptible de commettre une infraction, autrement que par la preuve de la perpétration de cette infraction, preuve qui, elle, est concluante. Deuxièmement, par souci d'économie, il est sans doute préférable de limiter les poursuites aux cas où une infraction a bel et bien été commise par suite de l'intoxication. Troisièmement, par respect des libertés civiles, il vaut mieux limiter les poursuites aux cas où l'accusé a effectivement commis un acte répréhensible.

Enfin, il importe de noter que l'intoxication criminelle est une infraction incluse (nous reviendrons sur cette question dans un document distinct au sujet de la preuve et de la procédure). Par conséquent, une fois l'intoxication prouvée, trois verdicts sont possibles à l'égard de l'infraction initialement reprochée: coupable, non coupable, ou non coupable mais coupable d'intoxication criminelle. Ainsi, dans le cas d'une personne accusée d'avoir causé des lésions corporelles dans l'intention de blesser, contrairement aux dispositions de l'article 228 *C.cr.*, les directives du juge aux membres du jury devraient, en substance, contenir ce qui suit: (1) s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction sans que l'intoxication soit la cause de son comportement, ils doivent le trouver coupable; (2) s'ils ne sont pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction, ils doivent l'acquitter; (3) si, d'une part, ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé a causé des lésions corporelles à la victime mais que, d'autre part, ils ne sont pas convaincus hors de tout doute raisonnable que son comportement n'était pas sérieusement modifié par son état d'intoxication volontaire, ils doivent l'acquitter de l'infraction dont il est accusé, mais le trouver coupable de l'infraction d'intoxication criminelle.

Il est à noter que les dispositions des paragraphes (1) et (2) du projet n° 2 s'appliquent non seulement aux infractions défi-

nies dans le *Code criminel*, mais à toutes les infractions. Bien qu'il semble illogique de condamner une personne pour une infraction criminelle alors qu'elle était accusée d'une infraction réglementaire, deux arguments militent en faveur de cette solution. Premièrement, le fait de restreindre l'application du régime prévu dans le projet n° 2 aux infractions définies dans le *Code* laisse sans solution une bonne part des difficultés d'ordre logique auxquelles les tribunaux ont à faire face. En effet, dans le cas des infractions réglementaires, ceux-ci seraient toujours aux prises avec les problèmes que soulève la distinction entre les infractions caractérisées par une intention spécifique et celles qui sont caractérisées par une intention générale. Deuxièmement, en pratique, il est rare que l'intoxication soit plaidée dans le cas des infractions réglementaires.

2. Automatisme

Le mot «automatisme» est un dérivé du terme «automate» qui désigne un corps qui agit sans le contrôle d'un esprit directeur. Celui qui agit de la sorte ne peut être tenu responsable de sa conduite puisqu'il n'a aucun contrôle sur celle-ci. L'automatisme a été défini en termes de conduite inconsciente ou involontaire, ou d'une combinaison des deux[69].

Le problème qui se pose, en droit, à l'égard de ce moyen de défense, vient du fait qu'il est nécessaire de définir l'automatisme avec suffisamment de précision pour pouvoir le distinguer des troubles mentaux, de l'intoxication et du mouvement de colère. Alors que l'automatisme, lorsqu'il est invoqué avec succès, aboutit à l'acquittement de l'accusé, cela n'est pas nécessairement le cas des trois moyens de défense que nous venons de mentionner. Comme nous l'avons déjà expliqué, le comportement inconscient qui résulte de troubles mentaux est habituellement symptomatique d'un état grave, et c'est évidemment la règle concernant le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale qui doit s'appliquer. Par ailleurs, pour ce qui est de la conduite inconsciente due à l'intoxication

volontaire, l'accusé ne peut s'en prendre qu'à lui-même, et c'est alors la règle relative à l'intoxication qu'il faut appliquer. Enfin, l'acte inconscient ou involontaire résultant d'un mouvement de colère ne saurait exempter son auteur de la responsabilité pénale car la colère doit être maîtrisée[70]. Par contre, on reconnaît, à bon droit, que les actes inconscients qui sont attribuables à des causes accidentelles comme un coup à la tête, peuvent donner lieu à l'application d'un moyen de défense fondé sur l'automatisme, lequel aboutit à l'acquittement pur et simple de l'accusé[71].

Le common law

Pour les raisons qui précèdent, le common law a restreint l'application du moyen de défense fondé sur l'automatisme à deux cas. Il y a d'abord les tics, spasmes et autres réflexes; cependant, très peu de procès ont eu lieu dans des cas de cette nature, grâce à l'exercice judicieux, par la poursuite, de son pouvoir discrétionnaire. Dans le second cas, il s'agit d'actes commis tandis que l'accusé était dans un état d'inconscience, état dont la cause n'est pas imputable à l'accusé.

L'application du moyen de défense fondé sur l'automatisme fait, par ailleurs, l'objet de quatre restrictions. Premièrement, il ne s'applique pas aux cas d'automatisme dans lesquels le comportement involontaire de l'accusé résulte d'une maladie mentale. En effet, ces cas sont régis par les dispositions relatives à l'aliénation mentale[72]. Deuxièmement, il ne s'applique pas non plus aux cas où l'automatisme est dû à l'intoxication volontaire de l'accusé; ce sont alors les règles relatives à l'intoxication qui doivent s'appliquer[73]. Troisièmement, le moyen de défense fondé sur l'automatisme ne s'applique pas aux cas où le comportement involontaire résulte de la faute ou de la négligence de l'accusé; par exemple, l'accusé connaît son état de santé et omet de prendre les médicaments qui lui ont été prescrits[74].

La quatrième restriction a trait aux accès de colère. Bien que parfaitement compréhensible, le fait pour une personne de

perdre son sang-froid et de s'emporter n'a jamais été reconnu, en droit canadien, comme un moyen de défense valable[75], tout au plus a-t-on consenti, en faisant appel à la notion de provocation, à prendre la colère en considération, à titre de circonstance atténuante, pour fixer la sentence. Même s'il semble constituer un véritable moyen de défense dans le cas du meurtre, l'accès de colère n'a pour effet que de réduire à un homicide involontaire coupable ce qui, autrement, entraînerait une peine fixe pour l'accusé[76]. Bref, en common law, aux fins de la responsabilité pénale, il n'est tenu aucun compte du tempérament de l'accusé, qui est tenu de garder son sang-froid.

Les problèmes posés par le common law

L'état actuel du droit soulève trois problèmes principaux. Le premier a trait à la définition de l'automatisme, le deuxième, à la distinction entre l'automatisme et l'aliénation mentale, et le troisième, à l'incidence de la notion de faute en matière d'automatisme.

(1) La définition de l'automatisme

En matière d'automatisme, le principal problème qui se pose en common law (et le droit applicable au Canada n'a pas encore été codifié) est un problème de définition. Ce n'est que récemment que l'automatisme est venu s'ajouter aux moyens de défense de common law. En jurisprudence, l'automatisme a été admis comme moyen de défense dans certains cas et non dans d'autres, de sorte que les principes applicables en la matière se sont formés de façon très empirique. Jusqu'à maintenant, on n'a pas su en arriver à une règle générale qui établisse de façon claire les circonstances dans lesquelles le moyen de défense fondé sur l'automatisme peut être invoqué.

(2) La distinction entre l'automatisme et l'aliénation mentale

Le deuxième problème vient du fait qu'il est difficile de savoir où s'arrête l'aliénation mentale et où commence

l'automatisme. Logiquement, on aurait tendance à associer à l'aliénation mentale les actes involontaires qui résultent d'une maladie mentale, et à l'automatisme, ceux qui sont dus à d'autres causes comme une maladie physique. Cependant, en jurisprudence, la définition du terme «maladie mentale» en matière d'aliénation mentale a été étendue de façon à inclure des maladies physiques telles que l'artériosclérose, et la définition de l'automatisme a été restreinte aux actes involontaires attribuables à des causes extérieures comme une commotion. Cela soulève deux problèmes supplémentaires. Tout d'abord, le terme «maladie mentale» désigne-t-il aussi l'épilepsie et le somnambulisme? En second lieu, l'accusé qui, à cause d'une maladie mentale, a agi sans le vouloir mais en sachant ce qu'il faisait, peut-il se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale?

Comme nous l'avons déjà mentionné, nous n'en sommes pas encore arrivés à une conclusion définitive sur l'opportunité d'inclure dans la loi, en termes explicites, une définition de l'automatisme. Une telle définition apporterait une solution au premier problème. En effet, la définition de l'automatisme pourrait être restreinte aux actes résultant de causes extérieures, et alors, les règles relatives à l'aliénation mentale régiraient tous les autres cas. L'avantage de cette solution, c'est que dans les cas d'automatisme dû à l'épilepsie ou à une autre cause semblable, l'accusé pourrait être soumis à une expertise et éventuellement être détenu, dans la mesure où son état présente un danger quelconque.

Par ailleurs, la solution du second problème dépend de la formulation de la règle en matière d'aliénation mentale. À supposer que cette règle vise les cas où il y a incapacité de se conformer aux exigences de la loi, elle pourrait s'appliquer à l'accusé qui, à cause d'une maladie mentale, agit sans le vouloir mais en sachant ce qu'il fait. Dans le cas contraire, en principe, cet accusé ne serait pas visé par la règle relative à l'aliénation mentale. Cependant, il se peut fort bien aussi, comme l'indiquent certaines découvertes médicales, que l'esprit humain ne soit pas aussi compartimenté, et que la perte de la maîtrise de soi attribuable à l'aliénation mentale soit toujours

accompagnée d'une perte de lucidité, de sorte que le type d'accusé dont nous venons de parler n'existerait qu'en théorie.

(3) La notion de faute en matière d'automatisme

Il est évident que le principe qui sous-tend le moyen de défense fondé sur l'automatisme, c'est qu'en pareil cas, on ne peut blâmer l'accusé pour des actes dont il n'est pas responsable. Le comportement involontaire est un exemple typique de l'absence de faute. Cependant, l'accusé est en faute si son comportement involontaire est attribuable à un état d'intoxication provoqué par l'accusé lui-même, à sa négligence (par exemple, le diabétique qui omet de prendre sa dose d'insuline) ou à la colère. Dans des cas de cette nature, il ne devrait pas être permis à l'accusé de se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'automatisme. À cette fin, le projet exclut en termes explicites toute conduite involontaire résultant de l'intoxication, de la provocation ou d'une autre cause semblable, et restreint la définition de l'automatisme au dérèglement mental qui est accidentel ou imprévisible. Signalons, par ailleurs, qu'aucune décision finale n'a été prise relativement à la question de savoir si l'automatisme provoqué par un traumatisme psychologique peut être invoqué comme moyen de défense; c'est le cas, par exemple, de celui qui perd le contrôle de lui-même en voyant le massacre de sa famille.

DISPOSITION PROPOSÉE

Automatisme

7. (1) Quiconque commet une infraction bénéficie d'une excuse s'il agit inconsciemment par suite d'un dérèglement mental temporaire et imprévisible provoqué par une cause extérieure suffisante pour produire le même effet sur une personne moyenne.

(2) Le présent article ne s'applique pas à la conduite résultant de troubles mentaux, de l'intoxication ou de la provocation.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

L'article 7 du projet est fidèle à l'approche du droit actuel. L'automatisme y est décrit en termes de conduite plutôt qu'en termes d'état psychologique. Ainsi, au paragraphe (1), l'automatisme est défini comme une conduite inconsciente provoquée par une cause extérieure. Aux termes du paragraphe (2), le moyen de défense fondé sur l'automatisme ne s'applique pas à une conduite attribuable à des troubles mentaux, à l'intoxication ou à la provocation.

Le choix des termes «agit inconsciemment» est conforme au droit actuel. Un comportement qui, de prime abord, semble volontaire mais qui, après une analyse plus approfondie, s'avère involontaire, n'engage pas la responsabilité de son auteur. Il va sans dire que les tics et les spasmes qui, en fait, ne constituent ni un acte ni une conduite, n'engagent pas la responsabilité de l'accusé. Ce que vise le paragraphe 7(1) du projet, ce sont les actes qui sont faits sans que le sujet en soit conscient.

L'emploi des mots «par suite d'un dérèglement mental temporaire et imprévisible provoqué par une cause extérieure» vise à distinguer l'automatisme des troubles mentaux. En effet, à chacune des notions de troubles mentaux et d'automatisme correspond un type d'accusé très différent. Le premier type d'accusé est composé des individus dont la conduite anormale résulte d'un état pathologique qui fait de ceux-ci des sources de danger en puissance. C'est la règle relative au désordre mental prévue à l'article 5 du présent projet qui s'applique à ce type d'accusé, pour lequel il y aurait lieu de prévoir, à l'instar de l'article 542 *C.cr.*, un verdict spécial et une ordonnance d'internement. L'accusé qui fait partie de la seconde catégorie est celui dont la conduite anormale est attribuable à un événement accidentel, telle une commotion, qui diminue temporairement ses facultés mais qui n'en fait pas une source de danger à long terme. C'est ce type d'accusé que vise la règle relative à l'automatisme.

Dans l'ensemble du projet, ces deux types d'accusé sont distingués de trois façons. D'abord, l'emploi du terme «maladie mentale» à l'article 5 associe implicitement le premier type aux troubles mentaux et le second, à l'automatisme. Ensuite, le fait que l'automatisme soit défini en termes de «dérèglement mental temporaire et imprévisible provoqué par une cause extérieure» restreint de façon explicite l'application de ce moyen de défense aux cas de la seconde catégorie. Enfin, il est expressément prévu au paragraphe 7(2) que le moyen de défense fondé sur l'automatisme ne s'applique pas aux cas de troubles mentaux.

Reste le problème des personnes dont l'esprit est temporairement déréglé par une maladie physique, c'est-à-dire une maladie qui n'est pas mentale, comme l'artériosclérose. Il répugne à la logique de placer ces personnes dans la catégorie des aliénés, comme le fait le droit actuel. Cependant, c'est encore par cette position que l'intérêt public est le mieux servi car, bien que, d'un point de vue strictement médical, il ne s'agisse pas d'une maladie mentale, il n'en demeure pas moins que celui qui en est atteint constitue une source de danger, et qu'un acquittement pur et simple serait peu judicieux dans les circonstances. La règle actuelle est conservée par l'emploi du terme «maladie mentale», à l'article 5 du projet, et du terme «troubles mentaux» au paragraphe 7(2).

L'emploi du mot «imprévisible» vise à restreindre l'application du moyen de défense aux cas où aucune faute n'est imputable à l'accusé. S'il était en mesure de prévoir le dérèglement mental qui le menaçait, il a commis une faute en ne prenant pas les précautions nécessaires pour l'éviter, et il ne peut alors se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'automatisme. Ainsi, est en faute le diabétique dont l'automatisme résulte de l'omission de prendre la dose d'insuline qui lui avait été prescrite. De même, est en faute celui qui, dans un état d'automatisme, conduit de façon dangereuse un véhicule automobile, s'il pouvait prévoir que la quantité d'alcool ou de drogue qu'il a volontairement consommée était susceptible de provoquer un tel automatisme. Dans l'affaire *R. v. McDowell*[77], le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario

s'est exprimé en ces termes: [TRADUCTION] «La faute nécessaire consiste dans le fait d'avoir consommé de l'alcool et de la drogue dans des circonstances telles qu'il savait ou aurait dû savoir que ses facultés pouvaient être affaiblies.»

L'emploi du terme «cause extérieure» vise à incorporer dans la loi la distinction que fait la jurisprudence entre les cas où l'automatisme est dû à l'aliénation mentale et ceux où il ne l'est pas. Pour que le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale puisse être invoqué, la conduite inconsciente doit être attribuable à une cause extérieure. Si elle résulte d'une cause inhérente à l'accusé, ce n'est plus la règle relative à l'automatisme, mais bien celle qui régit les troubles mentaux qui doit s'appliquer.

Le cas où l'acte inconscient résulte d'une commotion est le meilleur exemple de l'automatisme qui n'est pas lié à l'aliénation mentale. Dans ce cas, l'exigence du paragraphe (2) quant à l'existence d'une cause extérieure est parfaitement remplie. La question est cependant beaucoup moins claire lorsque la tension émotive exacerbée, les fugues, les crises, sont attribuables à des circonstances extérieures (une peine de cœur, par exemple) jointes à une faiblesse psychologique propre à l'accusé. C'est pourquoi le projet contient une condition supplémentaire, à savoir que la cause extérieure en question doit être de nature à produire le même effet sur une personne moyenne. En effet, les individus normaux sont tenus de se conformer aux normes générales du droit pénal. Quant aux individus anormaux, ce sont les règles relatives aux troubles mentaux qui s'appliquent à eux.

3. Contrainte physique et impossibilité absolue

Il existe une certaine analogie entre, d'une part, la contrainte physique et l'impossibilité absolue, et d'autre part, l'automatisme. Tel qu'il est défini à l'article 7 du projet, l'automatisme désigne une conduite qui n'est pas dictée par un

esprit conscient. Le caractère involontaire de l'acte se situe donc sur le plan mental (autrement dit, l'acte est fait par une personne inconsciente). D'un autre côté, la contrainte physique et l'impossibilité absolue évoquent une conduite consciente qui ne peut physiquement être évitée. En d'autres termes, il s'agit d'un acte fait par une personne dominée physiquement.

Par conséquent, la contrainte physique et l'impossibilité absolue soulèvent les mêmes problèmes que l'automatisme. En principe, nul ne devrait être puni pour un acte ou une omission qui pouvait difficilement être évité. Par contre, l'intérêt public commande la circonspection lorsqu'il s'agit d'acquitter une personne pour un acte ou une omission qui pouvait être évité. Le problème consiste donc à résoudre cet antagonisme.

Le common law

Le common law qui, sur ce point, n'a pas encore été codifié au Canada, reconnaît le principe en jeu, mais exhorte à la prudence à l'égard des excuses fabriquées. Il est en effet admis que si, par la force, une personne contraint une autre à commettre un acte illégal, c'est à la première, et non à la seconde, que doit être imputée la faute. Les juristes diraient que, de la part de la seconde personne, il n'y a pas d'*actus reus* puisqu'il n'y a pas d'*actus*[78]. Il est également reconnu, comme le dit la maxime, qu'«à l'impossible nul n'est tenu[79]». Par conséquent, la personne soumise à la contrainte physique et celle qui est placée devant une impossibilité jouissent toutes les deux d'un bon moyen de défense.

Il existe cependant deux cas où le moyen de défense fondé sur la contrainte physique ou l'impossibilité absolue ne peut être invoqué. Il y a en premier lieu le cas où il ne s'agit pas véritablement de contrainte physique ou d'impossibilité absolue mais seulement d'une situation très ennuyeuse[80]. En second lieu, il ne peut pas non plus être invoqué dans le cas où l'accusé est responsable de la situation dans laquelle il s'est trouvé[81].

Le droit actuel

Nous estimons que la règle actuelle en matière de contrainte physique et d'impossibilité absolue ne pose pas de problème, qu'elle est d'application facile, et qu'elle devrait être codifiée telle quelle.

DISPOSITION PROPOSÉE

Contrainte physique et impossibilité absolue

8. Bénéficie d'une excuse, la personne dont l'acte ou l'omission résulte d'une contrainte physique ou d'une impossibilité absolue.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Comme nous venons de l'expliquer, cette excuse vise les cas où l'accusé n'avait pas le choix, ce qui est mis en évidence par l'emploi du mot «physique». Le moyen de défense fondé sur la contrainte physique et l'impossibilité absolue devrait, en principe, s'appliquer à toutes les infractions, que le *mens rea* soit nécessaire ou non. Par ailleurs, signalons que, dans le projet, la contrainte vise les actes alors que l'impossibilité vise les omissions.

4. Erreur de fait et ignorance

Le problème principal est d'ordre logique: est-il nécessaire de prévoir un moyen de défense distinct fondé sur l'erreur de fait? À strictement parler, une telle disposition pourrait sembler superflue puisque l'erreur de fait implique l'absence de

connaissance et que la connaissance constitue l'élément fondamental du *mens rea*. L'erreur de fait apparaît donc comme l'absence d'un élément qu'il incombe à la poursuite de prouver.

Dans la plupart des cas, la poursuite n'a pas de difficulté à prouver cet élément. En effet, qu'une personne connaisse les circonstances qui entourent sa conduite, cela coule de source. Par exemple, lorsqu'une personne est trouvée en possession d'héroïne, on peut généralement présumer qu'elle connaissait la nature de la substance qu'elle transportait.

À l'occasion, cependant, de telles déductions peuvent induire en erreur. Dans l'exemple que nous venons de donner, il se peut que l'accusé ait cru qu'il s'agissait de lait en poudre. Toutefois, cela ne sera dévoilé que si l'erreur peut être prouvée. Dans les cas de cette nature, c'est normalement à l'accusé qu'il incombe de réfuter la preuve de la poursuite qui, à première vue, semble fondée. Pour ce faire, il peut plaider l'erreur de fait, ce que, à son tour, la poursuite doit réfuter. C'est pour cette raison que, traditionnellement, l'erreur de fait a été considérée comme un moyen de défense.

Le common law

Selon le common law qui, à ce sujet, n'a pas encore été codifié au Canada, l'erreur de fait doit, à bon droit selon nous, être sincère, raisonnable et innocente[82]. Pour que l'erreur soit sincère, l'accusé doit effectivement en avoir été victime. L'élément déterminant est alors l'état d'esprit réel dans lequel se trouvait l'accusé, et le critère, pour les fins de la responsabilité, est subjectif. Par ailleurs, l'erreur raisonnable est celle qu'aurait faite une personne raisonnable dans la même situation. Il s'agit ici du critère objectif de l'homme raisonnable. Enfin, l'erreur innocente est celle qui fait croire à l'accusé que l'acte qu'il commet n'est pas illégal.

Au Canada, la règle appliquée diffère selon la gravité de l'infraction. Dans le cas d'un crime grave, l'erreur de l'accusé doit être sincère mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit raison-

nable. En effet, le caractère raisonnable de l'erreur n'est pertinent que dans la mesure où il peut corroborer la sincérité de l'accusé. Le critère est donc tout à fait subjectif, et l'état d'esprit dans lequel se trouvait effectivement l'accusé constitue l'élément déterminant. Ainsi, dans le cas où l'accusé ignorait les circonstances entourant sa conduite, il dispose d'un moyen de défense valable: *Beaver c. La Reine*[83]. En ce qui a trait aux autres infractions, l'erreur doit être à la fois sincère et raisonnable, de sorte que le critère devient partiellement objectif[84]. Mais dans tous les cas, l'erreur doit aussi avoir été innocente.

Les problèmes posés par le droit actuel

L'un des problèmes soulevés par le droit actuel est lié à la signification du terme «erreur innocente». En common law, une certaine confusion entoure la question de savoir dans quelle mesure la responsabilité peut être écartée par une erreur qui fait croire à l'accusé que l'acte qu'il accomplit est licite. Cette confusion est encore plus grande dans le cas où l'accusé se rend compte que sa conduite, sans être criminelle, constitue un délit ou un acte immoral. Sur cette question, nous sommes d'avis que la personne qui est victime d'une erreur de fait ne devrait pas être trouvée coupable de l'infraction dont elle est accusée, du seul fait qu'elle savait ou soupçonnait que sa conduite allait à l'encontre des règles du droit civil ou de la morale. Bref, l'erreur est innocente lorsque selon sa perception des faits, l'accusé ne commettait aucune infraction.

Par ailleurs, l'erreur qui n'est pas innocente pose également un problème dans le cas où, par suite d'une erreur, l'accusé croyait commettre une infraction différente, par la nature ou la gravité, de celle dont il est accusé. Lorsque l'infraction qu'il croyait commettre, sans être une infraction incluse, est d'une gravité moindre que l'infraction dont il est accusé (par exemple, *X* est inculpé d'avoir vendu du LSD alors qu'il croyait vendre de la mescaline, ce qui est une infraction moins grave), l'accusé peut se voir condamner pour cette dernière bien que, à strictement parler, il n'ait pas eu le *mens rea* requis par la définition de cette infraction[85]. Cependant,

lorsque l'infraction que l'accusé croyait commettre est tout à fait différente de l'infraction qui lui est reprochée (par exemple, *Y* est accusé de possession de stupéfiants, alors qu'il croyait être en possession de monnaie contrefaite), il doit, en principe, ou bien être trouvé coupable d'une infraction à l'égard de laquelle il n'avait pas du tout le *mens rea* requis, ou bien être acquitté en dépit de son état d'esprit coupable. Dans l'affaire *Kundeus*, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada se sont prononcés en faveur de la condamnation dans un cas de ce genre. Pour sa part, le juge en chef Laskin, qui était dissident, s'est exprimé en ces termes: «Je ne pense pas que lorsque le *mens rea* est un élément de l'infraction, . . . on puisse en faire la preuve par rapport à une autre infraction à moins bien sûr que l'accusé ne soit déclaré coupable d'une infraction incluse. . .[86]» Dans les deux cas, la jurisprudence a dérogé au principe selon lequel nul ne doit être condamné pour une infraction à moins qu'il n'ait eu le *mens rea* requis à l'égard de cette infraction. Cette dérogation répondait, d'une part, à l'intérêt public et, d'autre part, au fait qu'un tribunal peut, pour reprendre les termes du juge en chef Laskin, «déplorer d'avoir à innocenter une personne qui paraît coupable d'une infraction dont elle n'a pas été accusée[87]».

Nous estimons qu'il est possible de concilier la logique avec le principe dont nous venons de parler. Il faudrait pour cela que la loi prévoie deux choses, à savoir: premièrement, lorsque, par suite d'une erreur de fait, l'accusé n'avait pas la connaissance requise par la définition de l'infraction dont il était accusé, il doit être acquitté de cette infraction; deuxièmement, lorsque l'accusé croyait commettre une autre infraction, il doit être condamné pour tentative de commettre cette infraction. Cette solution aurait pour avantage d'éviter que d'une part, un accusé qui avait l'intention de commettre une infraction échappe à la justice, ce qui est injuste, et que, d'autre part, l'accusé soit condamné pour une infraction à l'égard de laquelle il n'avait pas le *mens rea*, ce qui est absurde.

Cependant, dans le cas de certaines infractions graves (importation de stupéfiants, par exemple), une telle disposition pourrait avoir de fâcheuses conséquences. En effet, dans de

tels cas, et bien qu'en général, les juges des faits n'hésitent pas à rejeter un moyen de défense mal fondé, il se pourrait qu'un juge éprouve certains scrupules à condamner un accusé pour une infraction qui comporte une peine minimale sévère, et qu'en guise de compromis, il s'appuie sur un tel moyen de défense pour restreindre la condamnation à une tentative, soit une infraction moindre. Il va sans dire que cela aurait pour effet d'inciter les accusés à se fabriquer des moyens de défense. La question de savoir si cette crainte est fondée et si, dans l'affirmative, il est nécessaire d'inclure une disposition particulière pour éviter cet écueil n'est que pure spéculation à partir des données dont nous disposons actuellement. C'est pourquoi la Commission invite le public à lui faire ses commentaires sur cette importante question, au sujet de laquelle le point de vue logique pourrait, éventuellement, entrer en conflit avec le point de vue pratique.

DISPOSITION PROPOSÉE

Erreur de fait et ignorance

Règle générale

9. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, bénéficie d'une excuse quiconque est inculpé d'une infraction, s'il a agi dans l'ignorance d'un fait ou sous le coup d'une erreur de fait de sorte que sa conduite n'aurait pas constitué cette infraction ou qu'il aurait bénéficié d'une excuse, d'une justification ou d'un autre moyen de défense prévu par la loi, si les faits avaient été conformes à la perception qu'il en avait.

Infractions différentes — Infraction prévue par le même article

(2) Est déclarée coupable de l'infraction dont elle est inculpée la personne qui, d'après sa perception des faits, aurait commis une autre infraction prévue par la même disposition définissant l'infraction reprochée.

Infractions incluses

(3) Bénéficie d'une excuse à l'égard de l'infraction reprochée, mais est déclarée coupable d'une infraction incluse, la personne dont la conduite n'aurait pas constitué l'infraction reprochée mais cette infraction incluse, si les faits avaient été conformes à la perception qu'elle en avait.

Infraction prévue par un autre article

(4) La personne qui, selon sa perception des faits, aurait commis une infraction prévue par un autre article que celui définissant l'infraction reprochée, à l'exclusion d'une infraction incluse, bénéficie d'une excuse à l'égard de l'infraction reprochée, mais est déclarée coupable d'avoir tenté de commettre cette autre infraction.

Aveuglement volontaire

(5) Lorsque l'accusé s'abstient de vérifier certains faits dont il soupçonne l'existence, l'erreur ou l'ignorance qui en résulte ne constitue pas une excuse.

Erreur raisonnable: Infraction prévue par une autre loi que le *Code criminel*

(6) Sauf disposition contraire, l'erreur ou l'ignorance relative à un fait constitue une excuse à l'égard d'une infraction prévue par une autre loi que le *Code criminel* seulement si l'accusé prouve qu'il a agi sous le coup de cette erreur ou de cette ignorance et qu'il a pris des précautions raisonnables pour l'éviter.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Le paragraphe 9(l) du projet énonce le principe fondamental établi par la jurisprudence sur cette question, selon lequel un accusé doit être jugé d'après sa perception des faits. Si, eu

égard à cette perception, l'accusé n'a pas commis d'infraction, il est fondé à invoquer l'erreur de fait pour sa défense et doit par conséquent être acquitté. De même, il doit être acquitté si cette perception lui fournissait un moyen de défense valable. Cette règle générale s'applique même si cette erreur est due à la négligence, pourvu qu'il y ait eu véritablement erreur.

Le projet ne contient pas de définition des termes «erreur» et «ignorance». L'erreur est un état d'esprit positif consistant à croire à une situation qui ne correspond pas à la réalité, tandis que l'ignorance, état d'esprit négatif, consiste simplement à ne pas connaître certains faits. En pratique, cependant, le résultat est le même puisque dans les deux cas, l'accusé ne connaît pas la situation de fait réelle.

Selon les règles du droit actuel, il est difficile de savoir si une personne doit être considérée comme pénalement responsable d'une infraction dont elle a été accusée à juste titre, et qu'elle a commise alors qu'en fait, elle croyait en commettre une autre. Les dispositions de l'article 9 du projet visent à trancher cette question. Aux termes du paragraphe 9(2), si, d'après sa perception des faits, l'accusé croyait commettre une autre infraction que celle qui lui est reprochée, mais que les deux infractions soient prévues par le même article de loi, il peut être trouvé coupable de l'infraction dont il était accusé. Ainsi, celui qui est accusé d'avoir été en possession de cocaïne, contrairement aux dispositions de l'article 3 de la *Loi sur les stupéfiants*, alors qu'il croyait être en possession de morphine, contrairement à la même disposition, peut être trouvé coupable de l'infraction dont il était accusé. Selon le paragraphe 9(3), si, eu égard à sa perception des faits, l'accusé croyait commettre une infraction incluse dans celle qui lui est reprochée, il doit être condamné pour cette infraction incluse. Donc, celui qui est accusé d'avoir commis des voies de fait sur la personne d'un policier, alors qu'il croyait qu'il s'agissait d'un simple citoyen, peut être trouvé coupable de voies de fait. Enfin, en vertu du paragraphe 9(4), l'accusé qui, eu égard à sa perception des faits, croyait commettre une infraction prévue par un article de loi tandis que l'infraction qu'on lui reproche est prévue par un autre article, peut être trouvé coupable d'avoir

tenté de commettre la première infraction. Ainsi, celui qui est à juste titre accusé d'avoir importé des stupéfiants, contrairement aux dispositions de l'article 5 de la *Loi sur les stupéfiants*, alors que, de toute évidence, il croyait importer de la monnaie contrefaite, contrairement aux dispositions de l'article 408 *C.cr.*, peut être trouvé coupable de la tentative de commettre cette dernière infraction.

Le paragraphe 9(5) du projet constitue une codification de la règle de common law selon laquelle l'aveuglement volontaire ne peut servir d'excuse (voir *Roper v. Taylor's Central Garage Ltd.*[88]). En effet, il est bien établi que, dans le cas d'infractions caractérisées par la connaissance, l'intention ou l'insouciance, le *mens rea* n'est écarté que par l'ignorance sincère, et non par le simple fait de ne pas savoir et de soupçonner que les faits puissent être différents. Par conséquent, une personne qui refuse de se rendre à l'évidence et s'abstient de vérifier l'existence de certains faits qui, éventuellement, pourraient être gênants, ne peut plaider l'ignorance de bonne foi. Au contraire, son ignorance intentionnelle, ou aveuglement volontaire, équivaut à la connaissance. C'est dans ce sens que vont les dispositions du paragraphe 9(5).

Aux termes du paragraphe 9(6), l'erreur de fait, sauf disposition particulière, ne peut servir d'excuse à l'égard d'une infraction définie par une autre loi que le *Code criminel* que si elle est non seulement réelle mais aussi raisonnable. Autrement dit, l'erreur due à la négligence n'est pas une excuse. C'est la règle qui s'applique actuellement en matière d'infractions réglementaires (voir *R. c. Sault Ste-Marie*[89]). Aux termes du paragraphe 9(6) du projet, l'application de cette règle est étendue à toutes les infractions qui ne se trouvent pas dans le *Code*. Cette modification se justifie si l'on tient pour acquis qu'en principe, toutes les infractions criminelles graves devraient se trouver dans le *Code criminel*.

On remarquera que le paragraphe 9(6) ne traite que d'un des deux aspects de la notion de diligence raisonnable. Cet aspect vise les personnes qui commettent personnellement une infraction réglementaire, et qui invoquent l'ignorance ou l'erreur

de fait pour justifier leur négligence ou établir leur diligence. Le second aspect concerne les personnes responsables du fait d'autrui, en matière d'infractions réglementaires, qui allèguent avoir pris toutes les précautions nécessaires pour éviter la perpétration de l'infraction. Avant de décider s'il est nécessaire de prévoir, pour les cas de cette nature, un moyen de défense distinct, fondé sur la diligence raisonnable, il faudrait voir s'il y a lieu de conserver la notion de responsabilité pour le fait d'autrui. C'est pour cette raison que la question de la diligence raisonnable est laissée en suspens jusqu'à ce qu'une décision finale ait été prise au sujet de la responsabilité pour le fait d'autrui.

5. Ignorance de la loi et erreur de droit

Le problème soulevé par le moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi vient du conflit qui oppose, sur cette question, l'équité et l'intérêt public. En principe, il peut être injuste de punir une personne qui a enfreint une loi dont elle ignorait l'existence, surtout si elle a agi de bonne foi et si elle n'avait aucun moyen de connaître l'existence de cette loi. Par contre, un moyen de défense qui va à l'encontre des fins mêmes du droit pénal peut constituer une menace envers l'intérêt public.

En fait, les dangers que présente le moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi sont quelquefois plus fictifs que réels[90]. Tout d'abord, d'aucuns prétendent que le fait d'admettre un tel moyen de défense pourrait donner le champ libre à toutes sortes d'excuses controuvées. On peut répondre à cet argument qu'une excuse controuvée peut être invoquée sous le couvert de n'importe quel autre moyen de défense, et que cela n'empêche pas les juges ni les jurés de voir si une excuse est fondée ou non. En second lieu, à l'argument selon lequel ce moyen de défense permettrait aux accusés de s'arroger les fonctions du tribunal en décidant quelles sont les règles de droit qui leur sont applicables, on pourrait répondre qu'il ne

faut pas confondre excuse et justification. En effet, si l'erreur de droit peut excuser un prévenu, c'est justement parce que celui-ci a été victime d'une erreur, et non parce que sa conduite était légitime.

Il n'en reste pas moins, toutefois, que certains des arguments que l'on oppose à ce moyen de défense sont fondés. D'une part, les règles fondamentales du droit pénal servent à sanctionner des principes tellement bien établis qu'il est difficile de concevoir qu'une personne puisse ne pas les connaître. D'autre part, si tant est qu'il soit possible que l'accusé ne connaisse pas ces principes, on pourrait prétendre qu'il est temps qu'il les apprenne.

Le common law

En common law, la règle générale veut que l'ignorance de la loi ne soit pas une excuse[91]. Cette règle fait cependant l'objet de trois réserves. Premièrement, elle ne vise pas l'ignorance de règles de droit civil relatives à des droits privés, surtout lorsque cette ignorance est à la source d'une revendication faite de bonne foi. Ainsi, lorsque par suite d'une erreur en matière de droit des biens, une personne s'empare de la propriété d'autrui en croyant y avoir droit, elle n'est pas privée d'un moyen de défense à l'encontre de l'accusation de vol du seul fait que son erreur en est une de droit[92]. Deuxièmement, en principe, la règle générale ne s'applique pas à ce qui, à première vue, peut sembler être une erreur de droit mais qui, en réalité, constitue une erreur de fait. Par exemple, la personne accusée de bigamie dispose d'un bon moyen de défense si elle était convaincue que son premier conjoint n'était pas nubile et que le premier mariage était nul[93]. Enfin, dans le cas où une loi n'a pas été publiée, l'ignorance de la loi peut constituer un bon moyen de défense[94].

Le droit actuel au Canada

L'article 19 du *Code criminel* constitue une codification de la règle de common law selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse valable. Par ailleurs, le droit canadien

reconnaît les réserves susmentionnées: l'erreur relative à un droit privé, l'erreur de droit qui, en réalité, est une erreur de fait, et l'erreur due à la non-publication d'un règlement sont des excuses valables.

Les problèmes posés par le droit actuel

Nous sommes d'avis qu'il n'y a rien d'injuste à condamner un accusé, en dépit de son ignorance de la loi, pour avoir enfreint les prohibitions générales du droit pénal. Comme nous l'avons déjà mentionné, ces prohibitions ont pour but de sanctionner les principes moraux qui servent de fondement à la société. Le citoyen ordinaire connaît généralement l'essence, sinon le détail, de ces dispositions, et celui qui ne connaît pas celles-ci s'expose aux sanctions de la loi.

Pourtant, trois questions particulières soulèvent des problèmes. Il s'agit du sens qu'il faut donner au mot «loi», de la portée de l'exception concernant la non-publication des textes législatifs, et enfin, du fait qu'on ne reconnaisse pas, comme moyen de défense, l'erreur commise parce que l'accusé s'est fié, de bonne foi, aux autorités.

(1) Le sens du terme «loi»

Aucune réponse complète n'a encore été apportée à cette question. Néanmoins, deux choses sont certaines. Premièrement, l'ignorance du texte de loi qui régit l'infraction reprochée n'est pas une excuse, que ce texte de loi fasse partie du *Code criminel*, d'une autre loi ou d'un règlement[95]. Deuxièmement, l'erreur sur une règle de droit civil (qu'elle porte sur les obligations, le droit des biens ou le droit de la famille) ne constitue un moyen de défense que dans la mesure où la connaissance de cette règle est un élément essentiel du *mens rea* requis à l'égard de l'infraction reprochée[96].

Dans certains cas, l'application de la règle est moins certaine. Ainsi, certaines infractions criminelles sont liées à des devoirs imposés par des lois provinciales aux médecins, aux

infirmiers et infirmières et aux conducteurs de véhicules automobiles, par exemple[97], ou par des règlements municipaux, notamment en matière de prévention des incendies[98]. L'ignorance des textes législatifs qui imposent ces devoirs constitue-t-elle un bon moyen de défense? De même, il est explicitement permis, à l'égard de certaines infractions, d'invoquer un moyen de défense fondé sur l'«excuse légitime[99]». En pareil cas, si l'accusé ignore que sa conduite constitue un délit ou une faute quelconque en droit civil, est-il privé de ce moyen de défense?

À cet égard, on peut soutenir deux positions. Selon la position traditionnelle, l'erreur relative à de tels textes de loi est aussi une erreur de droit et, comme telle, ne peut servir de moyen de défense[100].

Plus récemment, cependant, on a émis l'opinion que, dans le cas d'une accusation portée en vertu du *Code criminel*, l'erreur ou l'ignorance concernant une loi provinciale devait être considérée comme une erreur de fait et pouvait, par conséquent, servir de moyen de défense. Dans l'affaire *La Reine c. Prue et Baril*[101], la Cour suprême du Canada a décidé, à la majorité, que dans le cas où une personne est accusée, aux termes de l'article 238 *C.cr.*, d'avoir conduit un véhicule automobile tandis que son permis de conduire était sous le coup d'une suspension en vertu d'une loi provinciale, l'ignorance par cette personne de la suspension automatique de son permis était une erreur de fait qu'elle pouvait invoquer comme moyen de défense. En effet, la Cour a décidé que l'ignorance de la loi provinciale en question écartait le *mens rea* requis à l'égard de cette infraction qui figure dans le *Code criminel*.

Chacun de ces deux points de vue est défendable. D'abord, en ce qui concerne la position adoptée dans l'affaire *Prue et Baril*, on peut soutenir ce qui suit: l'acte criminel consiste à enfreindre des règles de droit que l'auteur de l'acte connaît ou devrait connaître, car elles ont un caractère moral; c'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de règles de droit qui ne sont pas de nature pénale, l'ignorance de celles-ci devrait être un bon moyen de défense. À l'appui de la position contraire, on peut apporter l'argument suivant: le citoyen peut être tenu de

connaître toute disposition légale, qu'elle soit fédérale ou provinciale, qui impose un devoir public (par exemple, aux automobilistes en général); enfreindre une telle disposition est une faute, de sorte que l'ignorance de la règle ou l'erreur à son sujet ne devraient pas pouvoir servir de moyen de défense à l'encontre d'une accusation pénale. C'est cette dernière position qui est adoptée dans le présent projet.

(2) La non-publication des textes législatifs

Dans le cas où c'est un règlement qui rend illégale la conduite de l'accusé, l'ignorance de la loi peut être invoquée en défense si l'accusé n'a pas pu en prendre connaissance[102]. En effet, il est prévu à l'article 6 de la *Loi sur les règlements*[103] que nul ne doit être condamné pour avoir enfreint les dispositions d'un règlement qui n'avait pas encore été publié dans la *Gazette du Canada*, à moins que deux conditions ne soient remplies: (1) le règlement en question n'avait pas à être publié, par suite d'une décision du gouverneur en conseil ou en vertu des dispositions du règlement lui-même; et (2) il est établi qu'à la date de la violation, des mesures raisonnables avaient été prises pour porter la teneur du règlement à la connaissance du public ou de l'accusé.

On retrouve dans les lois proprement dites un grand nombre de dispositions de même nature que celles qui figurent dans les règlements. À cet égard, il est prévu dans la *Loi d'interprétation* qu'une loi entre en vigueur à la date de sa sanction royale, à une date fixée par proclamation ou à toute autre date prévue par la loi elle-même[104]. Cependant, vu le grand nombre de lois qui prévoient de simples infractions de nature réglementaire, on ne peut exiger du citoyen qu'il en connaisse toutes les dispositions avant même qu'elles n'aient été publiées. Par conséquent, nous estimons que, dans l'intérêt de la justice, l'application du moyen de défense fondé sur l'absence de publication doit être étendue aux lois proprement dites.

(3) L'ignorance ou l'erreur fondée sur l'autorité

L'ignorance de la loi peut, à l'occasion, revêtir un caractère particulier. Le prévenu peut ne pas avoir eu conscience de l'illégalité de sa conduite, non parce qu'il ignorait l'existence du texte législatif en question, mais plutôt par suite d'une erreur portant sur l'interprétation de ce texte. Sur cette question, la position adoptée par le common law est que la loi doit être appliquée selon l'interprétation qu'en donnent les tribunaux et non selon le sens que lui donnent les citoyens. Autrement dit, c'est aux tribunaux, et non aux citoyens, qu'il appartient, en dernier ressort, d'interpréter la loi.

Cette règle peut cependant donner lieu à des injustices car il arrive que l'interprétation d'une disposition législative varie d'un tribunal à l'autre. Par exemple, deux tribunaux de même juridiction peuvent adopter des positions contraires sur une même question, ou encore, une cour d'appel peut infirmer l'interprétation qu'avait antérieurement donnée un autre tribunal à un texte législatif, et condamner l'accusé qui, à cause de cette interprétation antérieure, avait la conviction que sa conduite était légitime. Nous croyons que, dans un cas semblable, l'accusé ne devrait pas être pénalisé pour n'avoir pas su prévoir un tel revirement de la jurisprudence[105].

Les domaines du droit tels que la fiscalité, les poids et mesures, etc., qui, par définition, ne font pas partie du droit pénal, mais dans lesquels il existe des infractions, posent un problème particulier. Habituellement, dans ces domaines, les règles de droit sont expliquées au public par les organismes chargés de leur application. C'est le cas des directives officielles et des décisions administratives qui sont le plus souvent utilisées pour déterminer la portée et la signification de la loi. Il nous apparaît donc injuste de pénaliser le citoyen qui, en toute bonne foi, s'est fié à l'interprétation administrative, et qui n'a pas pu prévoir qu'éventuellement, les tribunaux pourraient interpréter différemment le même texte de loi[106].

DISPOSITION PROPOSÉE

Ignorance de la loi, erreur de droit

10. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, l'ignorance de la loi ou l'erreur de droit ne constitue pas une excuse.

Règle générale

Réserve touchant les droits privés

(2) L'erreur ou l'ignorance touchant des droits privés constitue une excuse lorsque la connaissance de ces droits est un élément pertinent de l'infraction faisant l'objet de l'inculpation.

Réserve touchant l'absence de publication, etc.

(3) L'ignorance de la loi ou l'erreur de droit, à condition qu'elle soit raisonnable, constitue une excuse

a) si elle résulte de la non-publication de la loi,

b) si elle est fondée sur l'interprétation judiciaire, ou

c) sauf dans le cas d'une infraction dont les éléments sont entièrement régis par le *Code criminel*, si elle est fondée sur l'interprétation administrative.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

L'article 10 du projet reprend la règle générale de l'article 19 *C.cr.*, selon laquelle l'ignorance de la loi ne peut servir d'excuse sauf dans le cas où l'ignorance était inévitable, soit parce que le texte de loi en question n'avait pas été publié, soit parce qu'elle portait sur des droits privés. Cet article contient deux autres exceptions. Aux termes du paragraphe 10(3), constituent un moyen de défense, d'une part, l'erreur

de droit fondée sur l'interprétation judiciaire, et d'autre part, l'erreur fondée sur l'interprétation administrative, s'il s'agit d'une infraction qui ne figure pas dans le *Code criminel*.

Comme dans le cas de la disposition sur l'erreur de fait et l'ignorance, les mots «ignorance» et «erreur» ne sont pas définis.

Par ailleurs, l'utilisation des termes «droit» et «loi» pose deux problèmes. D'une part, la distinction entre «fait» et «droit» n'est pas toujours très nette, et d'autre part, il n'est pas facile de déterminer à quels types de lois doit s'appliquer cette règle.

En théorie, la différence entre l'erreur de droit et l'erreur de fait est on ne peut plus claire. L'erreur de droit provient de l'ignorance ou d'une mauvaise interprétation d'une règle établie par la loi ou par la jurisprudence. L'erreur de fait résulte de l'ignorance d'un état de fait, ou encore d'une méprise à son sujet, pourvu que cet état de fait ne soit pas lié à l'existence, à la portée ou à l'interprétation d'une règle de droit.

Il existe actuellement deux exceptions à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse. En premier lieu, l'ignorance et l'erreur en matière de droit civil peuvent être à l'origine de la revendication sincère d'un droit; dans un tel cas, l'erreur de droit et l'ignorance de la loi constituent un moyen de défense valide à l'encontre d'une accusation de vol, de fraude ou d'une autre infraction de même nature, car le *mens rea* est alors absent. En second lieu, l'ignorance de la loi peut servir de moyen de défense lorsque c'est un règlement qui rend illégale la conduite de l'accusé, et que ce dernier n'a pu prendre connaissance du règlement en question: voir *R. v. MacLean*[107].

La première exception est énoncée au paragraphe 10(2) du projet. Il y est prévu que l'erreur et l'ignorance relatives à la revendication d'un droit doivent être considérées de la même façon que l'erreur de fait et l'ignorance. En vertu du para-

graphe 10(2), l'erreur portant sur un droit privé constitue par conséquent un moyen de défense dans la mesure où les conditions prévues à l'article 9 du projet sont remplies.

La seconde exception est reprise, avec une portée beaucoup plus large, à l'alinéa 10(3)*a*). Aux termes de ce dernier, l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi raisonnables peuvent constituer un moyen de défense lorsqu'elles sont dues au fait que la loi n'a pas été publiée. Cette règle, qui ne vise actuellement que les infractions prévues par des règlements, s'appliquerait aux termes du projet, à toutes les infractions.

L'alinéa 10(3)*b*) contient une troisième exception. Même lorsqu'un tribunal a décidé que la conduite de l'accusé était illégale, l'ignorance raisonnable par l'accusé du caractère illégal de sa conduite constitue un moyen de défense si elle est fondée sur une décision judiciaire antérieure. Cela n'est que juste et logique. La règle qui régit le moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi tire sa source du principe selon lequel c'est aux tribunaux, et non aux citoyens, qu'il appartient, en dernier ressort, d'interpréter la loi. Cependant, le citoyen dont la conduite s'appuie sur l'interprétation judiciaire antérieure de la loi ne doit pas être victime d'une interprétation contraire dans sa propre cause. Nous admettons que les cas de cette nature sont rares en pratique. Il n'en reste pas moins que le principe en jeu est d'une grande importance dans un système juridique qui vise à la cohésion et à l'équité.

À l'alinéa 10(3)*c*) du projet, une quatrième exception vient s'ajouter aux précédentes: sauf dans le cas des infractions entièrement régies par le *Code criminel*, l'ignorance de la loi et l'erreur de droit raisonnables constituent un moyen de défense lorsqu'elles sont fondées sur l'interprétation administrative. Comme la précédente, cette règle n'est que pure logique. Bien qu'à l'instar de tous les citoyens, les membres de l'Administration aient l'obligation de se conformer à l'interprétation judiciaire de la loi, la personne qui s'est fiée à la façon dont la loi était appliquée par l'Administration ne doit pas être pénalisée lorsque cette dernière modifie sa façon d'appliquer la loi.

6. La contrainte morale

Le moyen de défense fondé sur la contrainte morale suscite un conflit entre le principe en cause et l'application de la loi. En principe, on ne peut, en toute équité, s'attendre à ce qu'une personne qui agit sous une pression très forte se conforme aux exigences de la loi; comme le dit la maxime, «nécessité fait loi». Cependant, la bonne marche de la justice commande que nul ne soit admis à se placer au-dessus de la loi, quelles que soient les pressions qui s'exercent sur lui.

Le common law

En common law, le moyen de défense fondé sur la contrainte morale est, en fait, une application particulière de la théorie de la nécessité. Selon cette théorie, la nécessité l'emporte sur la loi parce que ce serait faire preuve de sévérité exagérée et de manque de réalisme que de vouloir appliquer des lois conçues pour régir des situations ordinaires à une personne confrontée à un danger pressant — sévérité exagérée, eu égard aux circonstances extraordinaires, et manque de réalisme, vu l'instinct de conservation, c'est-à-dire la tendance naturelle qui fait qu'une personne se préoccupe bien plus d'un péril imminent que de l'éventuelle sanction de la loi.

La notion de nécessité peut cependant prêter à confusion. Premièrement, il est nécessaire de la distinguer de la contrainte physique et de l'automatisme. Cette distinction réside dans l'existence d'un choix. En effet, la personne dont la conduite résulte de la contrainte physique ou de l'automatisme n'a pas le choix (dans le cas de la contrainte physique, la personne agit sous l'empire de la force, alors que dans le cas de l'automatisme, elle est inconsciente). Par contre, la personne qui agit par nécessité a effectivement le choix d'agir autrement. Ce choix est toutefois très restreint et il lui est presque impossible de l'exercer car, en optant pour l'autre issue possible, elle s'expose à un très grave danger.

Deuxièmement, il est à noter qu'en fait, la notion de nécessité recouvre deux catégories de situations différentes. Cette notion évoque, d'une part, la contrainte morale, la légitime défense et les autres justifications, et d'autre part, faute d'un terme plus approprié, la nécessité au sens strict. Une personne agit sous la contrainte morale lorsqu'une autre personne menace de lui faire du mal à moins qu'elle ne se soumette à sa volonté. La légitime défense consiste dans le fait pour une personne attaquée illégalement de répondre à la violence par la violence. Enfin, la personne qui agit par nécessité au sens restreint de ce terme, cherche à éviter un préjudice ou un danger, dans des circonstances qui ne peuvent être assimilées aux deux précédentes. Mais dans chacune des situations que nous venons d'énumérer, le sujet agit à un moment où une pression extrêmement forte s'exerce sur lui.

Pourtant, en common law, on a toujours fait une distinction entre la contrainte morale, la légitime défense et la nécessité, car la pression qui s'exerce sur le sujet ne provient pas de la même source. Pour ce qui est de la légitime défense, c'est une attaque qui est à la source de la contrainte, et le fait de repousser cette attaque sert à promouvoir une valeur sanctionnée par la loi. Dans le cas de la contrainte morale, il s'agit d'une menace, et le fait de céder à celle-ci se traduit par un préjudice causé à un tiers ou par une violation de la loi, ce qui ne contribue pas à promouvoir une valeur sanctionnée par la loi. Quant à la nécessité, il n'y a dans ce cas ni attaque ni menace, mais une situation d'urgence qui impose un choix entre deux maux.

Les trois cas qui précèdent, prévus par le common law, font l'objet de dispositions explicites dans le projet. La contrainte morale, quant à elle, est un moyen de défense bien établi en common law[108], bien que traditionnellement, elle ait été assujettie à trois réserves: premièrement, l'accusé devait craindre un danger immédiat; deuxièmement, ce danger devait consister dans des menaces de mort ou de blessures graves; troisièmement, la personne accusée d'être l'auteur à titre principal d'un meurtre ne pouvait se prévaloir du moyen de défense fondé sur la contrainte morale.

Le droit actuel au Canada

En matière de contrainte morale, les règles applicables au Canada se trouvent en partie à l'article 17 du *Code criminel*[109], et en partie dans le common law[110]. En vertu de l'article 17 *C.cr.*, l'accusé qui a commis une infraction sous la menace de mort immédiate ou de lésions corporelles, peut se prévaloir du moyen de défense fondé sur la contrainte morale, dans la mesure où les conditions suivantes sont remplies:

(1) la personne qui profère les menaces est présente lors de la perpétration de l'infraction;

(2) l'accusé doit être convaincu que les menaces seront mises à exécution;

(3) l'accusé n'est partie à aucun complot ou à aucune association qui soit la cause de la contrainte exercée sur lui; et

(4) l'infraction commise ne fait pas partie de celles qui sont énumérées à l'article 17 *C.cr.*, c'est-à-dire la haute trahison, la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'aide à la perpétration d'un viol, le rapt, le vol qualifié, le fait d'infliger des blessures corporelles et le crime d'incendie.

Cependant, l'article 17 *C.cr.* ne vise que l'accusé qui a effectivement commis l'infraction, et non les autres parties à l'infraction. Toutefois, celles-ci peuvent, à la faveur du common law, plaider la contrainte morale en défense, et ce, en vertu des dispositions du paragraphe 7(3) *C.cr.*, qui maintiennent en vigueur les moyens de défense de common law. Ainsi, alors qu'aux termes de l'article 17 *C.cr.*, la personne inculpée de meurtre ne peut invoquer la contrainte morale comme moyen de défense, celle qui est partie à cette même infraction le peut, en vertu du common law[111].

Les problèmes posés par le droit actuel

Bien que louable en théorie, le droit canadien en matière de contrainte morale donne prise à de nombreuses critiques. En premier lieu, l'article 17 *C.cr.* n'est pas exhaustif, tant s'en

faut. Comme nous l'avons expliqué plus haut, ce sont toujours les règles du common law qui s'appliquent aux parties à une infraction, et ces règles diffèrent de celle qui s'applique à la personne qui a effectivement commis l'infraction. En second lieu, l'application du moyen de défense fondé sur la contrainte morale est exclue dans le cas d'infractions graves, et à cette fin, l'article 17 *C.cr.* contient une liste d'infractions particulières, mais aucun principe directeur ou justification n'y est énoncé. En troisième lieu, il est à la fois inutile et injustifié de dénier aux parties à un complot le droit de se prévaloir de ce moyen de défense. Cela est inutile parce que si le danger appréhendé n'est pas immédiat, le moyen de défense fondé sur la contrainte morale ne peut s'appliquer. Par ailleurs, cela est injustifié car si le danger est immédiat, on ne peut s'attendre à ce qu'une personne demeure insensible à de telles menaces, quel que soit son rôle dans la perpétration de l'infraction. Enfin, la nécessité de la présence de la personne qui profère les menaces n'a pas été sans soulever des problèmes d'interprétation. Quoi qu'il en soit, on est en droit de s'interroger sur la nécessité d'une telle exigence puisque les menaces doivent porter sur un danger immédiat[112].

Selon nous, la solution à ces problèmes serait de remplacer les règles actuelles par une disposition exhaustive qui établirait une règle générale dont l'application s'étendrait tant aux parties à une infraction qu'à la personne qui la commet effectivement. Pour qu'un accusé puisse invoquer la contrainte morale, il faudrait, selon cette règle, que sa conduite ait été une réaction raisonnable à des menaces de lésions corporelles graves et immédiates, et qu'elle n'ait pas constitué un danger manifeste pour la vie ou l'intégrité physique.

DISPOSITION PROPOSÉE

Contrainte morale

11. Quiconque commet une infraction constituant une réaction raisonnable à des menaces de lésions corporelles graves et immédiates exercées contre

lui-même ou un tiers placé sous sa protection bénéficie d'une excuse à l'égard de cette infraction, sauf si sa conduite présente un danger manifeste pour la vie ou l'intégrité physique.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

C'est avec beaucoup de circonspection que la contrainte morale a été admise comme moyen de défense et ce, sous trois rapports. Premièrement, l'application de ce moyen de défense a été exclue par l'article 17 du *Code criminel* dans le cas d'infractions telles que le meurtre, le fait d'infliger des blessures corporelles, le fait d'aider à la perpétration d'un viol, et le crime d'incendie. Deuxièmement, l'accusé ne peut invoquer la contrainte morale s'il était partie à un complot ou à une association quelconque qui soit la cause de la contrainte exercée sur lui. Troisièmement, pour que la contrainte morale puisse être invoquée, il doit s'agir de menaces de mort immédiate ou de blessures graves, et ces menaces doivent avoir été proférées par une personne présente lors de la perpétration de l'infraction.

De même, aux termes de l'article 11 du projet, l'application du moyen de défense fondé sur la contrainte morale est limitée de deux façons. Ces limites concernent les infractions à l'égard desquelles la contrainte morale peut être invoquée, ainsi que les menaces qui peuvent constituer une contrainte morale.

Le principe énoncé à l'article 17 *C.cr.*, selon lequel il ne faut pas céder à des menaces, si graves soient-elles, lorsque cela peut mettre en danger la vie ou l'intégrité physique d'autres personnes, est repris à l'article 11 du projet par l'emploi des mots: «sauf si sa conduite présente un danger manifeste pour la vie ou l'intégrité physique». La différence est que dans le projet, le risque à l'égard d'autrui n'est pas évalué par rapport à la définition de l'infraction reprochée, mais bien par

rapport à la conduite réelle de l'accusé, c'est-à-dire sa réaction aux menaces qui lui ont été faites. Ainsi, alors qu'en vertu de l'article 17 *C.cr.*, la contrainte morale ne peut absolument pas être invoquée dans le cas du vol qualifié, par exemple, aux termes de l'article 11 du projet, c'est au juge des faits qu'il revient de décider si l'accusé doit être admis à plaider la contrainte morale. Pour ce faire, le juge des faits doit scruter la conduite de l'accusé et déterminer si le vol qualifié comportait effectivement un danger pour la vie ou l'intégrité physique d'autrui, ou s'il s'agissait plutôt d'une «pseudo-violence» (l'emploi d'une arme simulée, par exemple). De cette façon, c'est une règle d'application générale qui, à l'article 11 du projet, remplace la liste arbitraire d'infractions.

L'expression «danger . . . pour la vie ou l'intégrité physique» dit bien ce qu'elle veut dire. Le terme «danger . . pour la vie» exclut l'application de la contrainte morale dans le cas du meurtre ou de l'infraction qui consiste à infliger des blessures corporelles; le terme «danger . . . pour . . . l'intégrité physique» a le même effet dans le cas du rapt et du vol qualifié lorsqu'il y a effectivement eu de la violence.

Dans le cas de la piraterie et du crime d'incendie, l'application du moyen de défense fondé sur la contrainte morale dépendra des circonstances. Par exemple, *B* menace *A* de le tuer sur-le-champ, à moins que celui-ci ne mette le feu à un immeuble dont *A* sait qu'il ne s'y trouve personne; dans ce cas, *A* peut invoquer la contrainte morale à l'encontre de l'accusation de crime d'incendie ou de toute autre accusation portée contre lui relativement à cette conduite. Si, par contre *A* sait qu'il est probable que quelqu'un se trouve dans l'immeuble, il ne peut pas plaider la contrainte morale à l'encontre d'une accusation quelconque ayant trait à la même conduite.

Enfin, ce sont également les circonstances qui déterminent si la contrainte morale peut servir de moyen de défense à l'encontre d'une accusation de trahison. Mais cette infraction est tellement grave, même lorsque aucune violence n'a lieu, que le critère du danger physique n'est pas tellement approprié dans ce cas. Si, pour cette raison, l'on jugeait souhaitable que

l'application du moyen de défense fondé sur la contrainte morale soit exclue dans le cas de la trahison, c'est dans les dispositions qui régissent cette infraction qu'il faudrait prévoir, en termes explicites, une telle dérogation.

Les mots «réaction raisonnable à des menaces de lésions corporelles graves et immédiates» visent non seulement la conduite de l'accusé, mais aussi la nature des menaces et ce, en vertu du principe selon lequel il doit s'agir de menaces auxquelles une personne raisonnable est susceptible de céder. À l'article 17 *C.cr.*, ce principe prend la forme suivante: «des menaces de mort immédiate ou de lésion corporelle grave de la part d'une personne présente», «si elle croit que les menaces seront mises à exécution» et «si elle n'est partie à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte».

Le même principe est repris, pour l'essentiel, à l'article 11 du projet, d'après lequel il faut que les lésions appréhendées soient immédiates, graves et physiques. Dans ce contexte, il est inutile de mentionner expressément la mort puisqu'elle est nécessairement comprise dans ces lésions. De même, les mots «de la part d'une personne présente» deviennent superflus puisque, pour que les lésions soient immédiates, il faut à toutes fins pratiques que la personne qui profère les menaces soit présente. En outre, pour que l'accusé puisse invoquer la contrainte morale à titre d'excuse, sa réaction doit être raisonnable, eu égard aux menaces qui lui ont été faites, de sorte que les mots «si elle [la personne accusée] croit . . .» perdent aussi leur utilité. Aux termes de l'article 11 du projet, l'accusé bénéficie d'un moyen de défense dans la mesure où il était raisonnable dans les circonstances qu'il se sente menacé de lésions corporelles graves et immédiates, et qu'il réagisse comme il l'a fait.

Un accusé peut réagir de différentes façons devant de telles menaces: il peut résister, demander de l'aide, s'enfuir ou encore céder. Lorsque la contrainte morale est invoquée, c'est habituellement que l'accusé a enfreint la loi pour se conformer aux exigences de celui qui le menaçait; par exemple,

il aura endommagé un bien sous la menace d'être poignardé: *R. v. Carker*[113]. Moins souvent, il s'agit d'une personne qui a enfreint la loi en vue de se sauver (par exemple, il se sera rendu coupable de conduite dangereuse en s'enfuyant: *R. v. Smith*[114]).

Les mots «si elle n'est partie à aucun complot . . .» ont également été omis. S'il est interdit d'invoquer la contrainte morale dans ce cas (qui vise principalement les sociétés secrètes) c'est en vertu du principe selon lequel les obligations personnelles auxquelles une personne est astreinte ne doivent pas avoir préséance sur ses devoirs envers la société. En pareil cas, la contrainte morale ne peut être invoquée en défense si le danger appréhendé n'est pas immédiat. Si, par contre, le danger est immédiat (par exemple, le chef d'une bande ordonne à l'un de ses membres, à la pointe du fusil, de commettre une infraction qui ne comporte pas de danger pour la vie d'autrui), la contrainte morale devrait pouvoir être invoquée car le fait que l'accusé ait pu se placer lui-même dans une situation de contrainte n'empêche pas qu'au moment où il fait l'objet de menaces, il se trouve dans une situation très dangereuse. Quoi qu'il en soit, nous reviendrons sur cette question lorsque nous examinerons l'infraction de complot.

Les mots «contre lui-même ou un tiers placé sous sa protection» ont été ajoutés parce que si de façon générale, la contrainte morale désigne des menaces faites à l'accusé lui-même, il reste que rien dans l'article 17 *C.cr.* n'indique de façon précise à qui elles doivent être adressées, et sur ce point, la jurisprudence ne nous est d'aucun secours. C'est pourquoi, à l'article 11 du projet, la définition de la contrainte morale a été étendue de façon à inclure les menaces adressées à une personne placée sous la protection de l'accusé, et ce, d'une part, parce que l'on peut raisonnablement considérer que des menaces faites à une telle personne (un membre de sa famille, par exemple) équivalent en quelque sorte à des menaces faites à l'accusé lui-même, et d'autre part, par analogie avec la légitime défense.

En dépit de leurs caractères communs, la contrainte morale, la légitime défense et la nécessité sont prévues dans le projet à

des articles distincts. D'abord, en common law, on a toujours fait la distinction entre ces moyens de défense. Ensuite, cette distinction est fondée sur des différences d'ordre moral. Dans le cas de la légitime défense, l'accusé se protège contre une attaque illégale, ce qui sert à promouvoir une valeur sanctionnée par la loi. Lorsqu'il s'agit de contrainte morale, l'accusé évite un danger dont il est illégalement menacé, mais aux dépens d'un innocent ou en contrevenant à la loi; il ne contribue donc pas à promouvoir une valeur sanctionnée par la loi. Dans le cas de la nécessité, l'accusé peut parfois contribuer à promouvoir une valeur sanctionnée par la loi en contrevenant à la lettre de la loi afin de servir un intérêt supérieur (par exemple, une personne qui ne détient pas de permis de conduire utilise une automobile pour emmener la victime d'un accident à l'hôpital et, ainsi, lui sauve la vie). Il se peut aussi que la personne qui agit par nécessité ne contribue pas à promouvoir une valeur sanctionnée par la loi, si c'est aux dépens d'un innocent ou en violant la loi qu'elle évite un danger qui pèse sur elle (par exemple, un marin qui a fait naufrage et qui a réussi, avec une autre personne, à s'accrocher à une épave ne pouvant supporter qu'une seule personne, jette son compagnon d'infortune à la mer pour sauver sa propre vie).

On remarquera, par ailleurs, qu'aux termes de l'article 11 du projet, la même règle s'applique tant à la partie à une infraction qu'à l'auteur principal. Actuellement, des règles différentes s'appliquent à ces deux personnes. Ainsi, la personne qui commet un meurtre et celle qui y participe peuvent toutes deux être accusées purement et simplement de ce meurtre. Toutefois, la première ne peut pas invoquer la contrainte morale à cause des dispositions de l'article 17 *C.cr.*, tandis que la seconde le peut en vertu du common law: voir l'arrêt *Paquette*[115]. Le principe qui justifie cette distinction (l'auteur principal cause directement la mort, contrairement à celui qui ne fait que participer à l'infraction) est repris de façon plus claire et plus directe dans le projet, puisque l'accent est mis, non pas sur le rôle théorique de l'accusé, mais plutôt sur sa conduite effective. Prenons un exemple: *A*, à la pointe du fusil, force *B* et *C* à assassiner *X*, mais *B* ne fait que conduire

la voiture de fuite, alors que c'est *C* qui, de fait, se charge de tuer la victime. Selon le droit actuel, *B* bénéficie d'une excuse en vertu du common law, alors que C ne peut se prévaloir du moyen de défense fondé sur la contrainte morale. De même, aux termes de l'article 11 du projet, seul *B* pourrait invoquer ce même moyen de défense car, contrairement à *C*, sa conduite ne constitue pas, en soi, un danger pour la vie d'autrui.

Pour terminer, signalons que le projet ne contient aucune disposition semblable à l'article 18 *C.cr.*, selon lequel une femme mariée qui commet une infraction n'est pas réputée agir sous la contrainte du seul fait qu'elle la commet en présence de son mari. Puisque cette disposition n'avait pour but que d'abroger une vieille règle de common law, nous ne voyons pas l'utilité de la conserver dans un code remanié et exhaustif.

7. La nécessité

Il est évident que tout système de droit qui se veut rationnel doit contenir certaines règles relatives aux actes commis à un moment où l'accusé subissait des pressions telles qu'une personne ordinaire n'y aurait pas résisté, de même qu'aux actes commis dans l'intention de promouvoir des valeurs prônées dans la loi elle-même. Ainsi, la plupart des systèmes de droit contiennent des règles particulières au sujet de la contrainte morale, d'une part, et de la légitime défense, de la défense des biens et de l'intérêt de la justice, d'autre part. Reste à savoir si, parallèlement à ces règles particulières, il est nécessaire de prévoir une règle plus générale pour embrasser les autres cas où le prévenu a cherché à servir les valeurs sanctionnées par la loi. Bref, le code devrait-il contenir une disposition générale sur la nécessité?

Afin de bien saisir la portée de cette question, prenons un exemple: *X* est au volant de sa voiture dans laquelle *Y* est passager; ce dernier est soudain victime d'une violente crise cardiaque et *X* le conduit de toute urgence à l'hôpital. Ce

faisant, X, afin de gagner du temps, dépasse la vitesse légale. À strictement parler, X a enfreint la loi.

Devant un cas semblable, quatre solutions légales sont possibles. En premier lieu, on pourrait condamner X et lui imposer une pleine pénalité, sans tenir compte des circonstances atténuantes. Nous croyons que cette solution ne recevrait que peu d'appui. Elle est injuste envers X qui s'est conduit comme n'importe quel bon citoyen l'aurait fait à sa place. De plus, elle va à l'encontre de l'intérêt public, en ce sens qu'elle pourrait avoir pour effet de réprimer une attitude sociale qui devrait être à tout le moins permise sinon encouragée. Enfin, cette approche jetterait le discrédit sur le droit pénal.

En second lieu, la loi pourrait prévoir la condamnation de X et laisser au juge le soin de prendre en considération les circonstances atténuantes pour la sentence. Cette solution offre l'avantage de la souplesse. En effet, elle permettrait aux tribunaux de tenir compte des particularités de chaque cas sans être astreints à respecter une règle rigide. Cependant, elle comporte aussi des inconvénients. Premièrement, une certaine part d'injustice subsisterait puisque X serait tout de même trouvé coupable alors que d'un point de vue moral, il y aurait lieu d'applaudir à son acte plutôt que de l'en blâmer. Deuxièmement, ce serait faire parler la loi à deux reprises et de façon contradictoire puisque l'accusé serait d'abord condamné, puis en quelque sorte «gracié» tout de suite après. Troisièmement, et c'est beaucoup plus grave, en laissant une trop grande importance à la discrétion judiciaire, on risquerait d'attaquer à sa base le principe de la légalité. Car s'il est vrai que la variété infinie de circonstances pouvant se présenter exige que les juges disposent d'une certaine latitude dans la fixation des sentences, il n'en reste pas moins que les questions de principe devraient être réglées par la loi, et non être abandonnées à l'arbitraire du pouvoir discrétionnaire. En effet, comment peut-on être certain que tous les tribunaux feront preuve de bon sens et jugeront les affaires semblables de la même façon?

En troisième lieu, la loi pourrait conférer à la poursuite un pouvoir discrétionnaire en ce domaine. Bien que cela soit sans

doute ce qui se passe en pratique, parce que les procureurs de la poursuite font preuve de discernement et s'abstiennent de poursuivre des gens qui se trouvent dans la situation de *X*, cette solution n'est pas inattaquable. D'abord, elle créerait un fossé entre la lettre du *Code* et la pratique. Ensuite, elle ne serait pas conforme au principe de la légalité, et les citoyens comme *X* devraient s'en remettre au bon sens des procureurs de la poursuite. Enfin, aucune jurisprudence ne pourrait s'établir sur cette question.

Comme quatrième solution, la loi pourrait prévoir expressément un moyen de défense fondé sur l'état de nécessité, soit en établissant des dispositions particulières pour les cas où il serait applicable, soit en établissant une règle générale. Cependant, puisque l'énumération de cas particuliers risque d'être fastidieuse et compliquée, il est préférable d'établir une règle générale dans la mesure où celle-ci peut être formulée à partir d'un principe clair.

Le principe de la nécessité est effectivement clair. Il comporte deux aspects, dont le premier consiste dans la tentative d'éviter un plus grand mal ou de réaliser un plus grand bien. Le deuxième aspect a trait à la difficulté de se conformer à la loi dans les situations d'urgence. De ces deux aspects émergent deux principes distincts mais qui ne sont pas étrangers l'un à l'autre. Le premier est un principe utilitaire selon lequel on est fondé, dans certaines limites, à enfreindre la lettre de la loi si, ce faisant, on évite un mal plus grand. Selon le second principe, qui est de nature humanitaire, il est excusable d'enfreindre la loi dans une situation d'urgence, toujours dans certaines limites, lorsqu'il serait trop difficile pour l'accusé de s'y conformer.

Le fondement du principe utilitaire est que, de façon générale, on doit promouvoir le bien et réprimer le mal. Il s'ensuit que si le fait de se conformer à la loi se traduit par un plus grand mal que le fait d'y contrevenir, il est encore préférable d'enfreindre la lettre de la loi. En fait, pour autant que les lois aient pour but de promouvoir le bien et de réprimer le mal, le fait d'enfreindre la lettre de la loi peut constituer une façon d'en promouvoir l'esprit. Ainsi, lorsqu'une personne dont le

permis de conduire est suspendu utilise quand même sa voiture pour emmener à l'hôpital une personne qui a été victime d'une crise cardiaque, parce qu'aucun autre moyen de transport n'est disponible, elle enfreint un texte de loi conçu pour protéger la vie humaine et assurer la sécurité. Cependant, elle commet cette infraction en vue de sauver une vie humaine de façon tangible, ce qui est le véritable esprit, tant de la loi en général que du texte particulier qui a été enfreint.

Selon le principe humanitaire susmentionné, les lois conçues à l'intention du commun des mortels ne sauraient imposer aux citoyens des obligations plus lourdes que celles que peut supporter la personne qui n'est pas dotée d'un courage ou d'une force exceptionnels. Un autre principe vient s'y greffer: on ne saurait attendre d'une personne sur laquelle s'exerce une pression très forte qu'elle se conforme à des lois conçues pour régir des situations normales et ne comportant aucun danger. Ainsi, si un marin qui a fait naufrage s'accroche à une petite planche qui ne peut supporter que lui, on ne peut s'attendre à ce que, sans broncher, il laisse une autre personne s'y accrocher aussi et lui ravir sa seule chance de survie. Dans les circonstances, force nous est de lui reconnaître le droit de repousser l'intrus, même si ce dernier doit y perdre la vie. En refusant de reconnaître dans la loi l'existence de ce droit, on ferait preuve d'injustice, d'irréalisme et d'incohérence. D'abord, ce serait injuste parce que cela irait, de façon flagrante, à l'encontre de l'instinct naturel de conservation. Ensuite, ce serait manquer de réalisme que de comparer le péril immédiat au risque éventuel d'une sanction légale. Enfin, puisque ce principe est déjà reconnu en droit, bien qu'avec certaines réserves, dans les cas de la contrainte morale et de la légitime défense, ce serait une incohérence que de ne pas l'appliquer à d'autres cas où les circonstances sont tout aussi contraignantes.

Le common law

Le common law qui, à ce sujet, n'a pas encore été codifié au Canada, reconnaît depuis longtemps l'existence d'un moyen de défense fondé sur la nécessité. Bien sûr, certains ont

prétendu qu'il n'existait pas de moyen de défense général fondé sur la nécessité en common law, mais cela va à l'encontre de la doctrine traditionnelle[116]. Au Canada, cependant, si tant est que ce moyen de défense ait été introduit implicitement à la faveur du paragraphe 7(3) *C.cr.*, c'est non sans certaines réserves qu'il a été admis par les tribunaux comme moyen de défense général[117].

Le droit actuel au Canada

En droit canadien, la nécessité se présente actuellement sous deux formes. D'une part, on peut dire que la nécessité est admise implicitement comme moyen de défense général dans les cas où le common law permet de l'invoquer. D'autre part, la nécessité est reconnue comme moyen de défense spécifique dans le cas de plusieurs infractions. Ainsi, au paragraphe 221(2) *C.cr.*, il est prévu que le fait de causer la mort d'un enfant lors de sa naissance, en vue de sauver la vie de la mère, ne constitue pas une infraction. De même, aux termes de l'article 198 *C.cr.*, une personne est dispensée, en cas de nécessité, d'apporter l'habileté et les soins raisonnables lors d'un traitement médical ou chirurgical ou d'un autre acte légitime qui peut mettre en danger la vie d'une personne. On retrouve aussi, dans le *Code criminel*, quelques dispositions en vertu desquelles la nécessité peut être invoquée sous le couvert de la notion d'excuse légitime ou raisonnable (par exemple, refuser, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon d'haleine à la demande d'un policier, aux termes du paragraphe 235(2)[118]).

Les problèmes posés par le droit actuel

Les tribunaux se sont toujours montrés réticents à prononcer un acquittement dans le cas où la défense invoque la nécessité. Dans l'affaire *U.S. v. Holmes*[119], par exemple, on a rejeté ce moyen de défense qui avait été invoqué à l'encontre d'une accusation d'homicide involontaire coupable. On a fait de même dans l'affaire *R. v. Dudley and Stephens*[120], où il s'agissait d'une accusation de meurtre. Enfin, dans l'affaire

Morgentaler c. La Reine[121], la Cour suprême du Canada a rejeté, au regard de la preuve, le moyen de défense fondé sur la nécessité, et a émis des doutes sérieux sur l'existence, en théorie, de ce moyen de défense.

Ces réticences qu'ont manifestées les tribunaux se justifient de trois façons. Tout d'abord, le principe de la nécessité va à l'encontre des fondements du droit pénal. En effet, ce principe donne préséance au jugement personnel des individus en leur permettant d'évaluer arbitrairement les dangers en présence et de faire un choix entre les valeurs en conflit. Or, le droit pénal établit des normes objectives et publiques et met en évidence le principe selon lequel c'est au Parlement ou aux tribunaux qu'il appartient de trancher les conflits de valeurs. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson, s'exprimant pour la majorité dans l'affaire *Morgentaler*, «aucun système de droit positif ne peut admettre un principe qui permettrait à quelqu'un de violer la loi parce que, à son avis, elle entre en conflit avec des valeurs sociales plus élevées[122].»

Ensuite, le principe de la nécessité comporte certains dangers pour l'intérêt public. Notamment, il permet à un individu d'être juge dans sa propre cause et de favoriser son propre intérêt au détriment de celui d'autrui. En outre, il laisse le champ libre à toutes sortes d'excuses controuvées. Comme le souligne Glanville Williams, c'est la nécessité qu'invoquent aussi les despotes et les rebelles[123].

Enfin, le principe de la nécessité pose des difficultés dans son application pratique. D'une part, il est impossible d'imaginer (et encore moins de prévoir dans la loi, en termes explicites) toutes les situations qui peuvent constituer un cas de nécessité. D'autre part, certaines situations prêtent à controverse. Par exemple, les décisions rendues dans les affaires *Holmes*[124] et *Dudley and Stephens*[125] sont loin de faire l'unanimité.

Selon nous, la façon de résoudre ces problèmes serait de prévoir un moyen de défense fondé sur la nécessité, dont les limites d'application seraient fixées avec soin et précision. L'application de ce moyen de défense pourrait être restreinte

aux cas où l'accusé a agi pour éviter un préjudice corporel ou matériel immédiat dans la mesure où le préjudice appréhendé est substantiellement plus important que celui qui résulte de l'infraction et ne peut être évité par des moyens moins extrêmes. Les modalités d'application concrète de ces restrictions pourraient être déterminées par le développement empirique de la jurisprudence.

DISPOSITION PROPOSÉE

Nécessité

12. Quiconque commet une infraction en raison d'un état de nécessité issu de circonstances autres qu'une attaque ou des menaces illégales, bénéficie d'une excuse à l'égard de cette infraction

a) s'il agit pour empêcher que soit causé un préjudice corporel ou matériel immédiat,

b) si ce préjudice est nettement plus grave que celui qui résulte de l'infraction, et

c) si ce préjudice ne peut être efficacement empêché par des moyens moins extrêmes.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

En vertu de l'article 12 du projet, la nécessité est admise à titre de moyen de défense, mais avec quatre restrictions. En premier lieu, cette disposition établit une distinction entre la nécessité, d'une part, et la contrainte morale et la légitime défense, d'autre part. À cette fin, sont exclus les cas où la conduite de l'accusé a été provoquée par des menaces ou par

une attaque; dans ces cas, les moyens de défense qui s'appliquent sont, respectivement, la contrainte morale et la légitime défense. En second lieu, l'application du moyen de défense fondé sur la nécessité est limitée aux situations d'urgence où l'accusé a agi pour éviter un préjudice immédiat. En troisième lieu, le préjudice empêché doit être plus grand que celui qui résulte de l'infraction commise par l'accusé. En dernier lieu, l'accusé ne devrait disposer d'aucun autre moyen efficace d'empêcher le préjudice en question. C'est au juge des faits qu'il appartiendra de déterminer dans quelle mesure chaque cas particulier satisfait à ces quatre exigences.

Le mot «immédiat» restreint l'application du moyen de défense fondé sur la nécessité aux situations d'urgence. S'il ne s'agit pas d'un cas d'urgence, l'accusé aura eu le temps de recourir à des moyens qui ne constituent pas une violation de la loi.

L'emploi des mots «préjudice corporel ou matériel» vise à exclure le préjudice d'ordre politique, social ou économique, de même qu'à repousser les prétentions de ceux qui se croient plus avisés que la société et ses représentants au Parlement.

Le terme «nettement» a été ajouté pour indiquer que ce n'est pas à une question de droit que doit répondre le tribunal ou le jury, mais plutôt à une question mixte qui relève à la fois des faits de l'espèce et des valeurs généralement admises par la société. La réponse à cette question fait appel, non pas à une opération mathématique et théorique, mais au simple bon sens.

En principe, cette restriction exclut l'application du principe de la nécessité dans les cas «de vie ou de mort» tels que l'affaire *Dudley* car, en toute objectivité, la mort d'une personne (l'accusé) n'est pas un préjudice plus grave que la mort d'une autre personne (la victime). Autrement dit, le préjudice empêché n'est pas plus grand que celui qui résulte de la perpétration de l'infraction. Toutefois, cela n'empêche pas le ministère public, les tribunaux, les jurys ni le pouvoir exécutif d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans les cas qui le justi-

fient. En effet, dans une situation d'extrême urgence, l'accusé a bien pu considérer qu'il était plus important de sauver sa propre vie que celle d'une autre personne. Bien que cela déroge au principe de la légalité, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire semble la façon la plus appropriée de résoudre, parmi ces cas qui, somme toute, demeurent très rares, ceux qui sont les plus difficiles.

Enfin, le terme «des moyens moins extrêmes» exclut l'application du moyen de défense fondé sur la nécessité dans les cas où l'accusé aurait pu agir d'une façon plus modérée ou plus conforme à la loi.

C. JUSTIFICATIONS

Trois justifications méritent, de toute évidence, de faire partie des règles du droit pénal. Il s'agit de la légitime défense, de la défense des biens et de l'application de la loi. Ce n'est que pure logique: la loi qui sanctionne des droits doit justifier l'emploi de la force nécessaire pour leur exercice car autrement, elle serait en contradiction avec elle-même. Ainsi, le présent projet traite des justifications suivantes:

(1) la légitime défense,

(2) la défense des biens, et

(3) l'application de la loi (y compris l'arrestation légale, l'exécution d'actes judiciaires, etc.).

Peut-être le projet aurait-il dû contenir en outre, sur ce chapitre, une disposition plus générale autorisant l'emploi de la force. On aurait énuméré dans cette disposition les situations les plus courantes dans lesquelles, en common law, on a reconnu que l'emploi de la force était justifié. Il s'agit notamment de la prévention des infractions graves, de l'arrestation légale et de la répression des émeutes et autres délits contre

l'ordre public. Le projet ne contient pas de disposition semblable, et les cas que nous venons de mentionner sont plutôt visés par le paragraphe 16(2) qui porte sur l'application de la loi.

1. La légitime défense

En matière de légitime défense, la principale difficulté consiste à déterminer les limites les plus appropriées. D'une part, on ne peut s'attendre à ce qu'une personne subisse, sans broncher, une attaque illégale, et renonce à des droits que la loi lui reconnaît jusqu'à ce que les tribunaux lui rendent justice. D'autre part, on ne saurait permettre qu'une attaque donne lieu à une réponse disproportionnée, et il ne faut pas non plus que la légitime défense puisse servir de prétexte pour justifier une agression.

Le common law

En common law, le problème a été résolu par l'élaboration d'une règle selon laquelle une personne agressée a le droit de se défendre en utilisant une force raisonnable et nécessaire dans les circonstances. Par ailleurs, il existe aussi un principe selon lequel la personne attaquée doit d'abord avoir fait tout ce qui était en son pouvoir avant d'avoir recours à une force meurtrière[126].

Le droit actuel au Canada

Les règles applicables au Canada en matière de légitime défense se retrouvent actuellement aux articles 34 à 37, de même qu'au paragraphe 215(4) du *Code criminel*. En vertu de l'article 34 *C.cr.*, la force employée avec l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves ne constitue pas de la légitime défense, sous réserve de certaines exceptions. Les dispositions de l'article 35 restreignent le degré de force que

peut employer la personne qui a elle-même attaqué son agresseur. L'article 36 contient une définition du terme «provocation» dans ce contexte. L'article 37 énonce la règle générale selon laquelle une personne est fondée à repousser une agression par la force qui, dans les circonstances, est nécessaire et proportionnée. Enfin, le paragraphe 215(4) énonce les limites du droit à la légitime défense dans le cas d'une arrestation illégale.

Les problèmes posés par le droit actuel

(1) La complexité des règles

Le principal problème que pose le droit actuel en matière de légitime défense, concerne plus la forme que le fond lui-même. Dans les articles susmentionnés du *Code criminel*, les règles applicables sont présentées d'une façon beaucoup trop compliquée. Ainsi, la règle générale selon laquelle une personne est fondée à repousser une agression en employant la force nécessaire et proportionnée, se trouve dans le dernier des articles qui traitent de cette question, soit l'article 37. Le premier de cette série d'articles, l'article 34, énonce une restriction, de même qu'une exception au principe. L'article 35 contient une restriction au sujet de l'agresseur, et l'article 36 contient une explication du terme «provocation». Enfin, le paragraphe 215(4) ajoute une restriction supplémentaire ayant trait à l'arrestation illégale. Ainsi, les règles de droit applicables en la matière sont réparties dans cinq articles distincts qui se chevauchent, et se présentent de façon désordonnée. À notre avis, la compréhension serait beaucoup plus facile et les directives au jury y gagneraient en simplicité si les règles étaient énoncées avec plus de cohésion. En toute logique, la règle générale devrait précéder les différentes restrictions qui y sont apportées.

La complexité provient également de la profusion de détails qui embrouillent le principe fondamental. Par exemple, les articles 34 et 35 traitent, avec force détails, de lésions corporelles graves et de légitime défense dans le cas où l'accusé était

lui-même agresseur. Pourtant, le principe fondamental concerne le caractère nécessaire et proportionné de la force employée, qui doit être apprécié à partir de l'ensemble de la preuve. La jurisprudence montre qu'en pratique, c'est à la lumière de ce principe que les juges, dans les directives qu'ils donnent aux jurés, expliquent les règles de la légitime défense[127]. Nous sommes d'avis que la loi devrait être formulée à partir de cette approche adoptée par les tribunaux.

(2) La légitime défense en matière d'exécution et d'administration de la loi

La question de savoir si la légitime défense doit être admise à l'encontre de mesures prises à tort en vue de l'application de la loi (l'arrestation illégale, par exemple) pose un problème. La légitime défense ne saurait être invoquée dans le cas d'une arrestation légale, c'est évident; même si la personne appréhendée est innocente de l'infraction dont elle est soupçonnée par celle qui l'arrête, cette dernière doit bénéficier d'une certaine immunité, si elle a agi pour des motifs raisonnables et probables, et la première doit se soumettre à l'arrestation et attendre qu'un tribunal lui fasse justice. Par ailleurs, il est tout aussi évident que la légitime défense doit pouvoir être invoquée dans le cas d'une arrestation dont la personne qui l'effectue sait qu'elle est illégale, car il s'agit alors d'une agression pure et simple.

À mi-chemin entre ces deux extrêmes, se pose la question du droit à la légitime défense à l'égard d'un acte judiciaire accompli de bonne foi, par exemple, dans le cas où un mandat d'arrestation a été délivré par une personne qui n'avait pas la compétence nécessaire. En pareil cas, on pourrait en principe prétendre qu'il y a lieu d'appliquer les règles de la légitime défense, mais celles-ci entrent en conflit avec une autre valeur, soit la paix et l'ordre public, laquelle commande que la personne se soumette à l'arrestation. En effet, l'agent qui exécute un mandat d'arrestation n'a pas à jouer le rôle de tribunal d'appel à l'égard de la décision de la personne qui a délivré le mandat. Même dans le cas où la faute est attribuable à la personne qui effectue l'arrestation, si elle agit en toute bonne

foi, le simple bon sens exige que le droit de résister soit limité, et que la force qu'on sait être de nature à causer la mort ne soit pas admise à titre de légitime défense.

Selon le droit actuel, même si un acte judiciaire est défectueux, la personne qui est chargée de l'exécuter doit s'acquitter de son devoir et est fondée à employer la force nécessaire pour ce faire (paragraphe 25(2) *C.cr.*). Ainsi, la personne visée par l'acte judiciaire perd implicitement son droit à la légitime défense. Cependant, par souci de clarté, cette restriction devrait être énoncée en termes explicites dans les dispositions sur le droit à la légitime défense.

Dans le cas où, de bonne foi, une personne commet une erreur de droit au sujet du pouvoir d'arrestation qu'elle croit détenir, c'est le paragraphe 215(4) *C.cr.* qui vient limiter la portée de la légitime défense. En effet, il y est prévu que le meurtre n'est pas nécessairement réduit à un homicide involontaire coupable du seul fait que la victime a tenté d'arrêter l'accusé illégalement. Nous estimons que cette restriction devrait être énoncée de façon plus explicite dans la partie générale, parmi les règles de la légitime défense, et qu'elle devrait avoir une portée plus générale de façon à exclure l'emploi d'une force de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves à l'endroit d'une personne qui agit de bonne foi et avec l'intention d'effectuer une arrestation légale.

(3) La légitime défense dans le cas de l'agresseur

Aux termes de l'article 35 *C.cr.*, celui qui, le premier, s'est livré à une attaque et qui voit sa victime riposter, a le droit d'employer la force pour se défendre si cela lui paraît absolument nécessaire pour éviter la mort ou des lésions corporelles graves. Cependant, même s'il a cette conviction, il ne peut légitimement utiliser la force pour se défendre si, lui-même, il a attaqué avec l'intention de tuer ou d'infliger des lésions corporelles graves, ou si, au cours de l'échange de coups, il a tenté d'infliger la mort ou des blessures graves, ou enfin, s'il n'a pas d'abord fait tout ce qui était en son pouvoir pour se retirer du combat. Nous sommes d'avis que ces dispositions

sont excessivement compliquées, et que l'on aurait avantage à les remplacer par une règle plus simple et plus générale. À cet égard, nous ne voyons pas l'utilité de conserver, en termes explicites, l'obligation de faire tout ce qui est possible pour se retirer du combat, puisqu'il s'agit d'un élément qui entre forcément en jeu dans l'appréciation du caractère nécessaire de la force employée.

DISPOSITION PROPOSÉE

Légitime défense

Règle générale

13. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, bénéficie d'une justification quiconque n'emploie que la force nécessaire à la protection de sa personne ou de celle d'un tiers placé sous sa protection contre une agression, pourvu que la force employée soit proportionnée au préjudice qu'il appréhende.

Application de la loi: limite

(2) Nul ne bénéficie d'une justification s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves alors qu'il se défend contre un acte, y compris une arrestation illégale, accompli de bonne foi dans l'application de la loi.

Légitime défense invoquée par un agresseur: limite

(3) Nul ne bénéficie d'une justification s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, alors qu'il repousse l'attaque d'une personne qu'il a attaquée ou provoquée sans justification, sauf s'il a des motifs raisonnables d'appréhender la mort ou des lésions corporelles graves et à la condition qu'il n'ait pas d'abord attaqué ou provoqué cette personne dans le dessein de causer sa mort ou de lui infliger des lésions corporelles graves.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

L'article 13 énonce une règle générale accompagnée de deux restrictions.

Règle générale (paragraphe 13(1))

La règle générale justifie l'emploi de la force nécessaire pour repousser une agression dans la mesure où cette force est proportionnée au danger appréhendé. Cette règle soulève trois questions: (1) Quel était le danger appréhendé par l'accusé? Il s'agit ici d'une question subjective qui doit être résolue à la lumière de la preuve fournie à l'égard de la perception qu'avait l'accusé de la situation. (2) L'emploi de la force était-il nécessaire? La question est ici objective et consiste à déterminer, à partir de la preuve, s'il s'offrait à l'accusé une autre solution n'impliquant pas l'emploi de la force. (3) La force utilisée était-elle proportionnée à l'agression? Il s'agit également d'une question objective qui doit être résolue eu égard, non seulement à l'appréhension réelle de l'accusé, mais aussi à l'opinion générale de la société sur le degré de force acceptable dans une situation donnée. Par exemple, l'emploi d'une force meurtrière constitue une réaction acceptable dans le cas d'un attentat à la vie d'une personne, mais non dans le cas d'une attaque sans importance.

Le projet ne contient pas de règle particulière sur l'emploi d'une force excessive, contrairement au *Code* actuel qui, à l'article 37 *C.cr.*, dit en termes explicites que l'emploi d'une force excessive n'est pas justifié. Toutefois, en jurisprudence, deux tendances s'opposent sur cette question. Selon la première école, la personne accusée de meurtre qui plaide la légitime défense peut être condamnée pour meurtre s'il est démontré qu'elle a utilisé une force excessive (voir *R. v. Hay*[128]). Par contre, l'accusé peut dans un tel cas, d'après un autre courant jurisprudentiel, être acquitté de l'accusation de meurtre et condamné pour homicide involontaire coupable

(*R. v. Stanley*, *R. v. Crothers* et *R. v. Ouellette*[129]). Aux termes du projet, le principe contenu à l'article 37 *C.cr.* est fondu dans la règle du caractère proportionnel de la force employée. Par conséquent, si le jury en vient à la conclusion que l'accusé, eu égard à son appréhension réelle, a agi avec une violence excessive, l'accusé ne pourra plaider avec succès la légitime défense. Cette approche est en accord avec les dispositions de l'article 37 *C.cr.* et avec la décision rendue dans l'affaire *R. v. Hay*[130].

Par l'emploi du terme «protection de sa personne», le droit à la légitime défense est étendu de façon à viser tant la violence appréhendée immédiatement par l'accusé que celle qu'il subit effectivement.

De même, avec l'emploi des mots «un tiers placé sous sa protection», la légitime défense vise aussi l'acte fait par une personne pour protéger son conjoint, sa famille ou toute autre personne dont elle est responsable.

Enfin, le terme «agression» a une portée plus générale que l'expression «illégalement attaquée» employée à l'article 34 *C.cr.* L'agression dont il est question ne comprend pas la force utilisée légalement dans l'application de la loi, la force qui constitue de la légitime défense, ou encore la force dont use une personne qui ne peut être tenue pénalement responsable, par exemple un mineur. Dans les deux premiers cas, les dispositions de l'article 13 du projet ne permettent pas de résister à la force employée. Dans le troisième cas, seul l'état de nécessité, dont traite l'article 12 du projet, peut justifier une résistance de la part de l'accusé.

Limite concernant l'exécution de la loi (paragraphe 13(2))

Le paragraphe 13(2) du projet est une généralisation de la règle contenue au paragraphe 215(4) *C.cr.*, laquelle ne porte que sur le meurtre commis lors d'une arrestation illégale.

Comme tel, le paragraphe 13(2) représente un moyen terme à l'égard de la question de savoir si une personne est fondée à se défendre contre des mesures prises par erreur en vue de l'application de la loi (une arrestation illégale, par exemple). Aux termes du présent projet, cette personne a effectivement le droit de se défendre dans la mesure où sa conduite n'entraîne pas la mort ou des lésions corporelles graves.

En outre, la restriction contenue au paragraphe 13(2) ne se limite pas aux cas d'arrestation, mais vise également les perquisitions, les saisies, le cas où un agent de la paix entre dans un lieu et tout autre acte judiciaire.

Limite concernant la légitime défense invoquée par un agresseur (paragraphe 13(3))

Dans ce paragraphe, on a substitué une règle générale aux dispositions compliquées de l'article 35 *C.cr.* Aux termes du projet, un agresseur ne peut pas, en principe, utiliser la force en légitime défense: s'il attaque, sa victime a le droit de résister, et peut utiliser la force nécessaire pour se défendre. L'agresseur ne peut donc lui-même résister à cette force, qui est légale. Cependant, si la victime utilise une force excessive pour se défendre, cette défense n'est plus légitime, et l'agresseur a le droit d'y résister en employant la force nécessaire et proportionnée au danger appréhendé.

Il est à noter que la règle particulière relative à l'obligation de faire tout ce qui est possible pour se retirer du combat a été omise. En premier lieu, elle n'a pas vraiment d'utilité puisque la question de savoir si l'accusé a tenté de se retirer est implicitement incluse dans la question du caractère nécessaire de la force employée. En second lieu, cette règle oblige les tribunaux à disjoindre de façon artificielle les aspects de situations qui devraient être appréciées dans leur ensemble.

Enfin, on remarquera que le paragraphe 13(3) reprend la condition selon laquelle l'accusé ne doit pas avoir attaqué ou provoqué son adversaire avec l'intention de le tuer ou de le

blesser gravement, et cela, pour deux raisons. Premièrement, on ne saurait permettre à une personne d'en attaquer ou d'en provoquer une autre, puis de prendre la riposte de celle-ci comme prétexte pour la tuer, soi-disant en légitime défense. Deuxièmement, lorsqu'une personne se défend contre une attaque ou une provocation faite par une autre personne avec un tel dessein, la loi doit en toute justice protéger d'abord celle qui a été attaquée, et non celle qui a attaqué.

2. La défense des biens

Il va sans dire que le droit pénal doit contenir des règles au sujet de la protection des biens. La complexité du droit des biens en fait une source de conflits particulièrement féconde. Normalement, le propriétaire d'un bien tient à ce qu'on respecte son droit de propriété; s'il n'existait pas certaines règles dans ce domaine, la société risquerait de sombrer dans le chaos. Ces règles doivent avoir pour but principal la protection de la possession, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, l'atteinte à la possession se traduit souvent par une violation de la paix. Deuxièmement, elle est assimilable à une agression ou à une atteinte à la vie privée. Troisièmement, la possession est la principale manifestation de la propriété. Quatrièmement, si l'on veut permettre aux citoyens de jouir de leurs biens, il est nécessaire de protéger la possession. Pour ces raisons, le droit de défendre ses biens s'apparente au droit à la légitime défense.

Le droit actuel au Canada

Les règles applicables au Canada se trouvent aux articles 38 à 42 du *Code criminel*. En vertu de l'article 38, celui qui est en possession paisible de biens mobiliers est fondé à défendre sa possession contre un intrus. Selon l'article 39, celui qui est en possession paisible d'un bien mobilier en vertu d'un droit qu'il prétend avoir sur ce bien est fondé à défendre sa possession,

même contre la personne qui y a légalement droit; mais il n'y est pas fondé s'il ne prétend pas avoir un tel droit. L'article 40 porte sur les maisons d'habitation, et l'article 41 sur les maisons et les immeubles en général. Enfin, l'article 42 traite de la revendication d'un droit sur une maison d'habitation ou sur un bien immobilier.

Les problèmes posés par le droit actuel

(1) La complexité des règles

Bien qu'elles soient acceptables en substance, les règles contenues aux articles susmentionnés sont présentées d'une façon beaucoup trop compliquée. Nous sommes d'avis que cette présentation pourrait être simplifiée par la formulation d'une règle générale permettant au possesseur paisible de défendre ses biens meubles, règle à laquelle seraient apportées les restrictions suivantes. D'une part, le possesseur qui ne prétend pas avoir de droit sur le bien en question ne peut employer la force contre celui qui a légalement droit à la possession de ce bien. D'autre part, le possesseur ne peut en aucun cas utiliser une force de nature à causer des lésions corporelles. On pourrait instituer un régime semblable pour les biens immobiliers.

(2) La distinction entre les biens mobiliers et immobiliers

Aux termes du *Code criminel*, les biens sont répartis en trois catégories: les biens mobiliers, les maisons d'habitation et les autres biens immobiliers. Cette classification donne prise à la critique sous deux rapports. En premier lieu, la distinction entre les maisons d'habitation et les autres immeubles se traduit par une précision et une complexité inutiles. En second lieu, on a oscillé, dans la version anglaise du *Code*, entre la distinction faite en droit civil entre les biens mobiliers et les biens immobiliers, et celle du common law entre *personal property* et *real property*, avec les particularités historiques

que cette dernière comporte (le bail, par exemple, est considéré comme un droit mobilier (*personalty*)). Dans le *Code*, la seule règle qui soit particulière aux maisons d'habitation est celle qui porte sur l'introduction par effraction, ce qui en fait constitue une infraction et n'a pas sa place dans la partie générale. Nous estimons qu'il est préférable d'adopter, dans la version anglaise, la distinction entre les biens mobiliers et les biens immobiliers, sans prévoir de règles particulières pour les maisons d'habitation.

(3) Résistance par un intrus

Aux termes des paragraphes 38(2), 41(2) et 42(2) *C.cr.*, l'intrus qui oppose une résistance au possesseur paisible est réputé commettre une attaque, ce qui place le possesseur paisible dans une situation de légitime défense. Ces dispositions sont contestables à deux points de vue. D'une part, dans la mesure où elles créent des infractions, elles n'ont pas de place au chapitre des moyens de défense dans la partie générale du *Code criminel*. D'autre part, pour autant qu'elles établissent des fictions juridiques (par exemple, on peut difficilement considérer une résistance passive comme une attaque), elles dérogent au bon sens. À notre avis, la meilleure solution serait de ne permettre au possesseur paisible que d'utiliser la force nécessaire, sans qu'il puisse prendre comme prétexte son seul droit de possession pour employer une force susceptible de causer des lésions corporelles. Mais, lorsque la résistance de l'intrus s'accompagne d'une telle violence qu'elle équivaut à des voies de fait, il va sans dire que le possesseur se trouve automatiquement placé dans une situation de légitime défense. Par conséquent, il serait inutile d'inclure des dispositions établissant des présomptions à cet égard.

DISPOSITION PROPOSÉE

Défense des biens mobiliers

Règle générale

14. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, le possesseur paisible d'un bien mobilier bénéficie d'une justification quant à la force qu'il

emploie pour empêcher quiconque de prendre ce bien ou pour le reprendre à quiconque s'en est emparé, à condition que la force employée n'excède pas celle qui est nécessaire à cette fin.

Personnes détenant un droit à la possession: limite

(2) Ne bénéficie pas de la justification le possesseur paisible qui, n'ayant pas de droit à faire valoir sur la possession de ce bien, emploie la force pour défendre sa possession du bien contre quiconque y a droit.

Degré de force: limite

(3) Nul possesseur paisible ne bénéficie d'une justification du seul fait du paragraphe (1) du présent article, s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer des lésions corporelles graves.

Possesseur paisible

(4) Dans le présent article, «possesseur paisible» s'entend notamment de quiconque tente de recouvrer la possession d'un bien immédiatement après en avoir été privé.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

L'article 14 du projet énonce une règle générale accompagnée de deux restrictions.

Règle générale (paragraphe 14(1))

En vertu de la règle générale, le possesseur paisible d'un bien mobilier est fondé à employer la force nécessaire pour conserver la possession de ce bien, ou pour le reprendre s'il en a été dépossédé. Cette règle justifie l'emploi de la force contre

toute personne qui s'empare du bien, c'est-à-dire non seulement contre ces intrus, mais aussi contre une personne qui a légalement droit à la possession de ce bien, sous réserve de la restriction prévue au paragraphe 14(2).

Limite concernant les personnes détenant un droit à la possession (paragraphe 14(2))

Le possesseur paisible n'est fondé à employer la force pour défendre sa possession d'un bien mobilier à l'encontre d'une personne ayant légalement droit à cette possession, que dans la mesure où il revendique un droit sur ce bien. Ainsi, si le propriétaire véritable d'un bien essaie de le reprendre à celui qui le lui a volé, ce dernier ne peut pas légalement lui résister. Si, par contre, la personne qui s'est emparée du bien l'a vendu à un acheteur de bonne foi, ce dernier est alors à même de revendiquer un droit sur ce bien, et peut, par conséquent, résister légalement à la force employée par le propriétaire véritable.

Limite concernant le degré de force (paragraphe 14(3))

Aux termes de l'article 38 *C.cr.*, le possesseur paisible d'un bien mobilier ne doit pas, sous prétexte de défendre son droit de possession, frapper l'intrus ou lui infliger des lésions corporelles. Le principe sous-jacent à cette règle est que l'intégrité physique a plus de valeur que les biens matériels. Ce principe est repris au paragraphe 14(3).

Contrairement aux paragraphes 38(2), 41(2) et 42(2) du *Code* actuel, le paragraphe 14(3) du projet ne contient pas de dispositions établissant des présomptions. En revanche, il y est expressément prévu que la règle contenue au paragraphe 14(1) n'a pas pour effet de permettre l'emploi d'une force de nature à causer des lésions corporelles. Néanmoins, il va sans dire que si l'usurpateur attaque le possesseur ou lui résiste par la

force, ce dernier peut alors être fondé à utiliser lui-même une telle force, à la faveur d'un autre principe, comme par exemple celui de la légitime défense, qui est prévu à l'article 10 du projet.

Possesseur paisible (paragraphe 14(4))

L'expression «possession paisible» est un terme technique qui désigne une possession qui n'est pas de nature à causer une violation de la paix. Il ressort clairement du paragraphe 14(4) que le voleur qui s'empare d'un objet appartenant à autrui n'acquiert pas immédiatement la possession paisible, et que le propriétaire ne la perd pas immédiatement non plus. Par contre, la personne qui, de bonne foi, achète un objet volé en acquiert aussi la possession paisible.

Le possesseur paisible peut être en mesure de revendiquer un droit sur le bien qu'il possède et il peut aussi ne pas l'être. Prenons un exemple: *X* est en possession paisible d'un objet, *Y* le lui vole et, à son tour, *Z* tente de l'enlever à *Y*. Dans un cas semblable, *Y* peut revendiquer un droit à l'encontre de *Z*, mais non à l'encontre de *X*. De son côté, *Z* ne peut revendiquer aucun droit, de sorte que *Y* est immédiatement fondé à employer la force pour recouvrer le bien des mains de *Z*.

DISPOSITION PROPOSÉE

Défense des biens immobiliers

Règle générale

15. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, le possesseur paisible d'un bien immobilier bénéficie d'une justification quant à la force qu'il emploie pour empêcher quiconque de s'y introduire, pour éloigner un intrus ou pour défendre son bien contre quiconque y pénètre pour en prendre possession, à condition que la force employée n'excède pas celle qui est nécessaire à cette fin.

Personnes détenant un droit à la possession: limite

(2) Ne bénéficie pas de la justification, le possesseur paisible qui, n'ayant pas de droit à faire valoir sur la possession de ce bien, emploie la force pour défendre sa possession du bien contre quiconque y a droit et y pénètre paisiblement de jour, pour en prendre possession.

Degré de force: limite

(3) Nul possesseur paisible ne bénéficie d'une justification du seul fait du paragraphe (1) du présent article s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer des lésions corporelles graves.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Comme l'article 14, l'article 15 du projet énonce une règle générale accompagnée de deux restrictions.

Règle générale (paragraphe 15(1))

En ce qui concerne les immeubles, la règle générale justifie l'emploi de la force nécessaire dans trois cas: lorsqu'il s'agit d'empêcher quelqu'un de s'y introduire, d'en éloigner un intrus, et de défendre sa possession contre une personne qui, sans être un intrus, y pénètre pour en prendre possession.

Le terme «empêcher quiconque de s'y introduire» vise à la fois l'effraction, la violation de domicile et tout autre type de violation du droit de propriété. Contrairement au paragraphe 42(1) *C.cr.*, le paragraphe 15(1) du projet ne contient pas de disposition particulière au sujet de la prise de possession d'un immeuble par une personne qui y a droit. Le paragraphe 42(1) n'est en fait qu'une disposition déclaratoire

sans utilité véritable. En effet, le fait de pénétrer paisiblement dans un immeuble ne constitue pas une infraction (voir l'article 73 *C.cr.*). Par contre, le fait d'y pénétrer par la force constitue une infraction, mais celle-ci n'a pas sa place dans la partie générale.

Limite concernant les personnes détenant un droit à la possession (paragraphe 15(2))

Il est également prévu au paragraphe 15(1) que le possesseur est fondé à employer la force même contre une personne qui, sans être une intruse, pénètre dans l'immeuble pour en prendre possession. Cependant, en vertu du paragraphe 15(2), le possesseur paisible ne peut agir de la sorte si, lui-même, il n'a pas de droit à faire valoir sur l'immeuble, si, par ailleurs, l'autre personne a droit à la possession de l'immeuble, et enfin, si cette dernière pénètre paisiblement, de jour, pour en prendre possession. Cette disposition est analogue à l'article 42 *C.cr.* Si, par contre, les conditions prévues au paragraphe 15(2) ne sont pas remplies (par exemple, le possesseur paisible a un droit à faire valoir, ou encore, la personne qui a droit à la possession s'introduit par la force ou de nuit), le paragraphe 15(2) ne peut plus s'appliquer et le possesseur conserve son droit de défendre sa possession par la force.

Limite quant au degré de force (paragraphe 15(3))

Le paragraphe 15(3) est analogue au paragraphe 14(3) du projet.

3. L'application de la loi

À certains points de vue, l'application de la loi se confond avec la nécessité. En effet, l'un des cas où la nécessité peut devenir une justification, c'est lorsque l'accusé a agi en vue de

promouvoir une valeur sanctionnée par la loi. La même chose se produit en matière d'application de la loi sauf que, dans ce cas, la valeur ou le but recherché est explicite plutôt qu'implicite, c'est-à-dire que la personne qui agit ainsi exécute un devoir imposé expressément par la loi. Par conséquent, la principale difficulté, dans ce domaine, consiste à tracer une ligne de démarcation entre l'emploi de la force qui est justifiable et celui qui ne l'est pas.

Le common law

En common law, il semble qu'une personne pouvait être fondée à employer la force dans quatre cas: (1) en vue de se défendre, (2) afin d'éviter la perpétration d'un crime atroce ou d'une violation de la paix, (3) en vue d'effectuer une arrestation légale, et (4) en vue de l'application de la loi. Ce dernier cas incluait l'exécution capitale en vertu d'une sentence légale[131].

Le droit actuel au Canada

Les règles de droit qui sont actuellement applicables au Canada se trouvent aux articles 25, 27 à 33, 449 et 450 du *Code criminel*. L'article 25 traite des personnes qui agissent sous l'autorité de la loi, l'article 27 porte sur l'emploi de la force pour empêcher la perpétration d'une infraction, les articles 28, 29, 31, 449 et 450 portent sur l'arrestation, l'article 30 concerne la prévention d'une violation de la paix, et enfin les articles 32 et 33 concernent la répression des émeutes.

Par ailleurs, en vertu du paragraphe 7(3) *C.cr.*, les règles du common law qui ne sont pas incompatibles avec celles du *Code* s'appliquent toujours. Par conséquent, dans la mesure où la règle de common law qui justifie l'emploi de la force dans les cas susmentionnés n'a pas été supplantée par les règles du *Code*, elle peut s'appliquer au Canada, en plus des dispositions du *Code*. Il existe une certaine incertitude à cet égard notam-

ment parce qu'aucun des articles susmentionnés n'établit de façon explicite qu'il s'agit des seules dispositions applicables sur le sujet.

Les problèmes posés par le droit actuel

Les principaux problèmes que pose le droit actuel sont d'abord liés à la présentation et à la formulation des règles applicables. Celles-ci sont d'une complexité injustifiée, et dispersées dans un nombre trop grand d'articles différents. En outre, les articles qui portent sur les pouvoirs d'arrestation sont beaucoup trop détaillés et relèvent trop de la procédure pour être inclus dans un chapitre de la partie générale qui ne porte que sur les moyens de défense. Nous sommes d'avis que les articles susmentionnés devraient être remplacés par un seul article de portée générale, et que les détails particuliers à l'arrestation devraient être incorporés aux chapitres qui traitent de la procédure.

Par contre, il n'existe actuellement aucune disposition qui permette, en termes explicites, l'emploi de la force pour empêcher une personne de s'échapper d'une prison ou d'une garde légale quelconque. En effet, le paragraphe 25(4) ne traite que de la fuite pour éviter une arrestation. Nous estimons que la disposition qui porte sur l'exécution de la loi devrait, de façon expresse, établir une justification à ce sujet.

Enfin, certains de nos collaborateurs ont soutenu avec insistance que le projet devait contenir certaines règles particulières au sujet des agents de la paix. On prétend en effet que, contrairement aux autres citoyens, les agents de la paix supportent tout le poids de l'application de la loi, et que par conséquent, ils doivent bénéficier d'une protection spéciale. Cependant, hormis quelques exceptions comme celles que l'on trouve aux paragraphes 31(1) (arrestation pour violation de la paix) et 32(1) (répression d'une émeute) du *Code criminel*, le droit pénal vise plutôt à établir les devoirs publics en général et s'adresse à l'ensemble des citoyens. Dans le présent projet, c'est cette dernière approche que nous avons retenue.

DISPOSITION PROPOSÉE

Application de la loi

Règle générale

16. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, quiconque accomplit ce qui lui est enjoint ou permis de faire pour l'application de la loi bénéficie d'une justification quant à l'acte qu'il accomplit et la force qu'il emploie à cette fin, à condition qu'il agisse en s'appuyant sur des motifs raisonnables et que la force employée n'excède pas celle qui est nécessaire.

Applications particulières

(2) Sans restreindre la généralité du paragraphe (1), la justification qui y est prévue s'applique à quiconque

a) effectue une arrestation légale,

b) empêche la perpétration d'une infraction mettant en danger un bien, la vie on l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État, et

c) emploie la force à ces fins, si elle n'excède pas celle qui est nécessaire.

Actes judiciaires défectueux

(3) La personne que la loi oblige ou autorise à exécuter un acte judiciaire ou une sentence bénéficie d'une justification quant à l'exécution de cet acte ou de cette sentence, si elle agit de bonne foi, malgré tout défaut ou vice de compétence les entachant.

Degré de force: limite

(4) Nul ne bénéficie d'une justification s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer des lésions corporelles graves, sauf si cela est nécessaire

a) pour se protéger ou protéger un tiers placé sous sa protection contre la mort ou des lésions corporelles,

b) pour empêcher la perpétration d'une infraction susceptible de causer une blessure grave et immédiate à autrui,

c) pour vaincre la résistance d'une personne ou l'empêcher de fuir lors de son arrestation pour une infraction mettant en danger la vie, l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État,

d) pour empêcher une personne de s'évader ou la reprendre s'il croit qu'elle est légalement détenue ou emprisonnée pour une infraction mettant en danger la vie, l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

Cette disposition vise tous les actes requis ou autorisés par la loi, qu'ils soient faits par un particulier, un agent de la paix ou un fonctionnaire public. À ce titre, elle vise l'exécution d'un acte judiciaire ou d'une ordonnance d'un tribunal, l'arrestation légale, la prévention des crimes et des violations de la paix, de même que la répression des émeutes. Cependant, les modalités d'application de ces pouvoirs et de ces devoirs ne sont décrites ni dans cette disposition ni ailleurs dans la partie générale. Nous croyons que ces questions devraient être réglées de façon plus exhaustive et détaillée dans les chapitres du *Code* remanié qui traitent des pouvoirs, des devoirs et de la procédure, plutôt que dans la partie générale qui concerne les principes généraux du droit pénal.

À l'article 16 du projet se trouve la règle générale qui est accompagnée, d'une part, d'une extension particulière, et d'autre part, d'une restriction. La règle générale justifie tous

les actes requis pour l'application de la loi, de même que l'emploi de la force nécessaire et raisonnable pour leur accomplissement. L'application de la règle s'étend aussi aux actes faits de bonne foi mais entachés d'un vice de compétence. D'un autre côté, l'application de cette même règle est restreinte à l'égard du degré de force admissible.

Règle générale (paragraphe 16(1))

La règle contenue au paragraphe 16(1) du projet justifie à la fois les actes requis pour l'application de la loi (par exemple, le fait de pénétrer dans un immeuble afin de procéder à une perquisition légale), et l'emploi de la force nécessaire et raisonnable pour l'accomplissement de ces actes.

«Loi»

Le terme «loi» désigne tous les types de textes législatifs, qu'il s'agisse d'une disposition du *Code criminel* ou d'une autre loi fédérale, ou que le texte émane de l'autorité provinciale ou municipale. Cette solution a l'avantage d'éviter les contradictions qui pourraient survenir dans le cas où le même acte serait à la fois requis et interdit par la loi (par exemple, requis par une loi provinciale et interdit par le *Code criminel*). Le terme «loi» est également en accord avec la règle actuelle énoncée à l'article 25 *C.cr.*

«Motifs raisonnables»

Il s'agit ici d'une question de fait et non d'une question de droit. Par exemple, en commettant une erreur de droit, un policier perd la protection que lui accorde le paragraphe 16(1), sauf dans certaines circonstances particulières prévues au paragraphe 16(2).

«Force nécessaire et raisonnable»

Afin de déterminer si le degré de force employée était justifié, le tribunal ou le jury doit se poser deux questions. Premièrement, la force employée était-elle nécessaire, ou

l'accusé aurait-il pu atteindre le but légitime qu'il poursuivait en utilisant moins de force? Par exemple, l'agent de la paix avait-il besoin d'employer une arme à feu, ou aurait-il pu tout simplement effectuer l'arrestation en employant sa seule force physique? Deuxièmement, si tant est qu'une force moindre eût été insuffisante, était-il raisonnable d'employer une telle force pour poursuivre le but légitime en question? Ainsi, était-il raisonnable pour l'agent de la paix de tuer une personne qui résistait à son arrestation, alors que l'infraction reprochée était une suppression de part au sens de l'article 227 *C.cr.*? Ces questions ne peuvent être résolues qu'à la lumière de toute la preuve, et d'après la position de la société à l'égard de l'importance relative du but poursuivi et des moyens employés pour l'atteindre. C'est pourquoi nous n'avons pas tenté d'énoncer, dans le projet, des règles détaillées sur ce qui constitue une force excessive.

Applications particulières (paragraphe 16(2))

Aux termes de l'alinéa 16(2)*a*), est justifié l'emploi de la force nécessaire en vue d'effectuer une arrestation légale. Nous estimons que, vu son importance, ce pouvoir doit être prévu de façon expresse.

À l'alinéa 16(2)*b*), on retrouve, en substance, les dispositions de l'article 30 *C.cr.*, lequel porte sur l'emploi de la force en vue de prévenir une «violation de la paix». Cependant, ce dernier terme, dont le sens demeure incertain en droit (voir l'affaire *Frey c. Fedoruk*[132]), a été remplacé par une énumération des types d'infractions dont la perpétration peut être empêchée par la force.

Justification touchant les actes judiciaires défectueux (paragraphe 16(3))

En vertu du paragraphe 16(3), la protection prévue par le paragraphe 16(1) s'étend à la personne qui agit de bonne foi mais sans avoir la compétence nécessaire pour accomplir l'acte

en question. Il peut s'agir d'une ordonnance défectueuse en soi, ou d'une ordonnance qui émane d'une personne qui n'était pas compétente pour l'émettre. La raison qui justifie cette extension de la règle est que la personne qui agit de bonne foi pour les fins de l'application de la loi n'a pas à porter un jugement sur la validité des ordonnances des tribunaux, et n'a pas à s'ériger en tribunal d'appel improvisé.

Limite concernant le degré de force (paragraphe 16(4))

Une personne n'est admise à employer une force qu'elle sait être de nature à causer la mort ou des lésions corporelles que dans les trois cas prévus aux alinéas 16(4)*a*), *b*) et *c*). L'alinéa 16(4)*a*) du projet, qui reprend les dispositions du paragraphe 25(3) *C.cr.*, vise le cas où, tandis qu'elle est en train d'accomplir un devoir public, une personne se voit forcée d'employer la force pour éviter la mort ou des blessures graves.

Le cas prévu à l'alinéa 16(4)*b*) est celui où la personne en question se voit forcée d'employer la force pour empêcher la perpétration d'une infraction de nature à causer une lésion grave et immédiate à autrui. Cette règle déroge aux dispositions de l'article 27 *C.cr.*, lesquelles permettent l'emploi de la force raisonnablement nécessaire pour empêcher la perpétration d'une infraction qui, d'une part, est de nature à causer des blessures immédiates et graves à une personne ou des dégâts immédiats et graves à ses biens, et d'autre part, pour laquelle celui qui la commet peut être arrêté sans mandat. Ainsi, aux termes de l'alinéa 16(4)*b*), l'emploi d'une force de nature à causer la mort ou des lésions corporelles n'est plus justifié pour empêcher la perpétration d'une infraction qui entraîne un préjudice matériel. Cette modification est en accord avec le principe juridique selon lequel la protection de la vie doit avoir préséance sur la protection des biens matériels. Par ailleurs, le critère du mode d'arrestation prévu à l'article 27 *C.cr.* a également été supprimé. Beaucoup trop technique, ce critère est aussi inutile puisque, en principe, toutes les infractions qui comportent un danger pour la vie donnent ou devraient donner lieu à une

arrestation sans mandat. Par conséquent, l'inclusion de ce critère aurait pu avoir pour effet de masquer le principe directeur de cette disposition.

Troisièmement, il s'agit, à l'alinéa 16(4)*c*), du cas où une personne effectue une arrestation légale pour une infraction qui met en danger la vie, l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État. Encore une fois, la disposition du projet modifie le droit existant. Actuellement, le paragraphe 25(4) *C.cr.* pose deux conditions pour l'emploi d'une force dangereuse pour la vie: (1) il faut que l'arrestation soit liée à une infraction qui peut donner lieu à une arrestation sans mandat, et (2) l'emploi d'une telle force n'est admis que si la personne qui doit être appréhendée s'enfuit pour éviter l'arrestation. Aux termes de l'alinéa 16(4)*c*), l'usage d'une force meurtrière est limité aux cas d'arrestation pour une infraction qui met en danger la vie, l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État. En effet, le proverbe «morte la bête, mort le venin» ne saurait être appliqué qu'à l'égard de personnes qui constituent véritablement un grave danger pour la société. Par ailleurs, aux termes de l'alinéa 16(4)*c*), l'emploi d'une force de nature à causer la mort est également justifié pour vaincre la résistance qu'oppose une personne à son arrestation, et ce, par analogie avec le fait qu'il est permis d'employer la même force pour empêcher la fuite d'une personne.

Enfin, le quatrième cas, qui est prévu à l'alinéa 16(4)*d*) du projet, est celui où une personne tente d'empêcher l'évasion d'un individu légalement détenu ou emprisonné, ou de le reprendre s'il s'est évadé. On peut soutenir que le droit actuel comporte une exception semblable; en vertu du paragraphe 25(4) *C.cr.*, l'agent de la paix qui procède légalement à une arrestation sans mandat, est fondé à employer la force nécessaire pour empêcher la fuite de celui qui doit être appréhendé. En outre, les dispositions de l'article 450 *C.cr.* permettent à l'agent de la paix d'arrêter sans mandat toute personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle. Or, aux termes du paragraphe 133(1) *C.cr.*, constitue un acte criminel le fait de s'évader d'une garde légale ou d'être illégalement en liberté. Par conséquent, il semble qu'en droit actuel, un agent de la

paix soit fondé à user d'une force de nature à causer la mort pour reprendre un prisonnier évadé, y compris celui qui était incarcéré pour une infraction de peu de gravité, voire insignifiante.

Cependant, cet état de choses est-il souhaitable? Doit-on permettre l'emploi d'une force de nature à causer la mort pour arrêter une personne qui n'a commis qu'une infraction bénigne? Après tout, si l'infraction commise n'avait aucune conséquence grave, le délinquant constitue-t-il un tel danger pour la société qu'on doive risquer de le tuer pour l'arrêter? En d'autres termes, la loi doit-elle être appliquée au prix de la vie humaine, même dans le cas où il s'agit d'une personne qui essaie d'éviter une arrestation après avoir commis une infraction de peu d'importance? Et même en ce qui concerne les infractions graves (à l'égard desquelles, du reste, l'emploi d'une force de nature à causer la mort est permis, aux termes du projet), la loi devrait-elle permettre l'emploi d'une force meurtrière pour reprendre un prisonnier qui s'est évadé? Celui qui commet un meurtre, puis résiste à son arrestation ou tente de s'enfuir constitue, évidemment, un danger immédiat. Mais est-ce aussi évident dans le cas où, plus tard, il s'évade de prison?

Au regard des questions que nous avons posées ci-dessus, l'usage d'une force de nature à causer la mort est restreint de la façon suivante à l'alinéa 16(4)*d*) du projet: de façon générale, on est fondé à user d'une telle force pour empêcher l'évasion d'une personne légalement détenue ou emprisonnée, ou pour la reprendre si elle s'est évadée, si l'on croit que la personne en fuite était détenue ou emprisonnée pour avoir commis une infraction susceptible de mettre en danger la vie, l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État.

4. L'aide légitime

Actuellement, dans chacun des articles qui portent sur les justifications, il est prévu de façon expresse que quiconque apporte légalement son aide à une personne qui agit en vertu

des dispositions de l'article en question, bénéficie, lui aussi, de la protection qu'accordent ces dispositions. Afin d'éviter les répétitions, nous croyons que ces mentions expresses devraient être supprimées au profit d'une règle générale qui s'appliquerait à toutes les justifications.

DISPOSITION PROPOSÉE

Aide légitime

17. Les justifications prévues par les articles 13 à 16 s'appliquent à quiconque aide, de bonne foi, une personne agissant en vertu de ces dispositions ou à quiconque agit sous l'autorité de cette dernière.

COMMENTAIRES SUR LA DISPOSITION PROPOSÉE

L'article 17 du projet contient une règle générale remplaçant l'expression utilisée dans un grand nombre de dispositions du *Code* actuel relatives aux justifications, soit: «quiconque prête main-forte à cette personne».

SOMMAIRE DES DISPOSITIONS PROPOSÉES

Principe de la légalité

1. La responsabilité pénale n'existe qu'à l'égard d'une infraction définie par la loi.

Responsabilité pénale

2. (1) Nul n'est pénalement responsable à l'égard d'une infraction à moins qu'il ne la commette ou ne participe à sa perpétration.

(2) Nul ne commet une infraction à moins que sa conduite ne corresponde à la définition de cette infraction.

(3) Même si sa conduite correspond à la définition d'une infraction, nul n'est pénalement responsable à l'égard de cette infraction s'il bénéficie d'une exemption, d'une excuse ou d'une justification prévue par la loi.

Élément moral: interprétation

3. Sauf disposition contraire, la définition d'une infraction s'interprète dans le sens que nul ne commet une infraction,

[Acte: connaissance]

a) en raison d'un acte, à moins de connaître, au moment où il l'accomplit, les circonstances prévues par la définition de l'infraction;

[Omission: connaissance]

b) en raison d'une omission, à moins d'omettre de remplir une obligation imposée par la loi et de connaître les circonstances donnant naissance à cette obligation;

[État de fait]

c) en raison d'un état de fait (y compris la possession) prévu par la définition de l'infraction, à moins de connaître les circonstances prévues par cette définition;

[Conséquence: prévision]

d) en raison d'une conséquence prévue ou sous-entendue par la définition de l'infraction, à moins de savoir qu'il peut causer cette conséquence;

[Dessein]

e) en raison d'un dessein prévu par la définition de l'infraction à moins de poursuivre effectivement ce dessein.

Minorité

Projet nº 1

4. Quiconque est âgé de moins de douze ans bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite.

Minorité

Projet nº 2

4. (1) Quiconque est âgé de moins de douze ans bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite.

(2) Bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite, quiconque est âgé de douze ans ou plus mais de moins de quatorze ans sauf s'il est en état de juger la nature, les conséquences ainsi que le caractère moralement répréhensible de cette conduite et s'il est effectivement capable de se conformer aux exigences de la loi.

Troubles mentaux

Projet nº 1

5. Bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite quiconque, si la preuve est faite de cette incapacité, était incapable, en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale, de juger la nature, les conséquences ou l'illégalité de cette conduite.

Troubles mentaux

Projet nº 2

5. Bénéficie d'une exemption à l'égard de sa conduite quiconque, à condition que la preuve soit faite de cet état, était privé, en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale, de la capacité effective de juger la nature, les conséquences ou le caractère moralement répréhensible de cette conduite ou de se conformer aux exigences de la loi.

Intoxication

Projet nº 1

6. (1) Bénéficie d'une excuse quiconque commet une infraction dont la perpétration résulte de son intoxication par l'alcool ou une autre drogue, à moins que cette intoxication ne soit due à son propre fait.

(2) La personne dont l'intoxication est due à son propre fait ne bénéficie d'une excuse que si la définition de l'infraction qu'elle commet exige un dessein de sa part et si [elle prouve qu']elle n'avait pas ce dessein.

Intoxication

Projet nº 2

6. (1) Sauf disposition contraire, bénéficie d'une excuse quiconque commet une infraction dont la perpétration résulte de son intoxication par l'alcool ou une autre drogue.

(2) Quiconque bénéficie de l'excuse prévue par le paragraphe (1) est coupable de l'infraction d'intoxication criminelle définie à la Partie . . . du présent *Code* sauf s'il prouve que son intoxication résultait d'une fraude, d'une contrainte morale ou physique ou d'une erreur raisonnable.

Automatisme

7. (1) Quiconque commet une infraction bénéficie d'une excuse s'il agit inconsciemment par suite d'un dérèglement mental temporaire et imprévisible provoqué par une cause extérieure suffisante pour produire le même effet sur une personne moyenne.

(2) Le présent article ne s'applique pas à la conduite résultant de troubles mentaux, de l'intoxication ou de la provocation.

Contrainte physique et impossibilité absolue

8. Bénéficie d'une excuse, la personne dont l'acte ou l'omission résulte d'une contrainte physique ou d'une impossibilité absolue.

Erreur de fait et ignorance

Règle générale

9. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, bénéficie d'une excuse quiconque est inculpé d'une infraction, s'il a agi dans l'ignorance d'un fait ou sous le coup d'une erreur de fait de sorte que sa conduite n'aurait pas constitué cette infraction ou qu'il aurait bénéficié d'une excuse, d'une justification ou d'un autre moyen de défense prévu par la loi, si les faits avaient été conformes à la perception qu'il en avait.

Infractions différentes —

Infraction prévue par le même article

(2) Est déclarée coupable de l'infraction dont elle est inculpée la personne qui, d'après sa perception des faits, aurait commis une autre infraction prévue par la même disposition définissant l'infraction reprochée.

Infractions incluses

(3) Bénéficie d'une excuse à l'égard de l'infraction reprochée, mais est déclarée coupable d'une infraction incluse, la personne dont la conduite n'aurait pas constitué l'infraction reprochée mais cette infraction incluse, si les faits avaient été conformes à la perception qu'elle en avait.

Infraction prévue par un autre article

(4) La personne qui, selon sa perception des faits, aurait commis une infraction prévue par un autre article que celui définissant l'infraction reprochée, à l'exclusion d'une infraction incluse, bénéficie d'une excuse à l'égard de l'infraction reprochée, mais est déclarée coupable d'avoir tenté de commettre cette autre infraction.

Aveuglement volontaire

(5) Lorsque l'accusé s'abstient de vérifier certains faits dont il soupçonne l'existence, l'erreur ou l'ignorance qui en résulte ne constitue pas une excuse.

Erreur raisonnable: Infraction prévue par une autre loi que le *Code criminel*

(6) Sauf disposition contraire, l'erreur ou l'ignorance relative à un fait constitue une excuse à l'égard d'une infraction prévue par une autre loi que le *Code criminel* seulement si l'accusé prouve qu'il a agi sous le coup de cette erreur ou de cette ignorance et qu'il a pris des précautions raisonnables pour l'éviter.

Ignorance de la loi, erreur de droit

10. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, l'ignorance de la loi ou l'erreur de droit ne constitue pas une excuse.

Règle générale

Réserve touchant les droits privés

(2) L'erreur ou l'ignorance touchant des droits privés constitue une excuse lorsque la connaissance de ces droits est un élément pertinent de l'infraction faisant l'objet de l'inculpation.

Réserve touchant l'absence de publication, etc.

(3) L'ignorance de la loi ou l'erreur de droit, à condition qu'elle soit raisonnable, constitue une excuse

a) si elle résulte de la non-publication de la loi,

b) si elle est fondée sur l'interprétation judiciaire, ou

c) sauf dans le cas d'une infraction dont les éléments sont entièrement régis par le *Code criminel*, si elle est fondée sur l'interprétation administrative.

Contrainte morale

11. Quiconque commet une infraction constituant une réaction raisonnable à des menaces de lésions corporelles graves et immédiates exercées contre lui-même ou un tiers placé sous sa protection bénéficie d'une excuse à l'égard de cette infraction, sauf si sa conduite présente un danger manifeste pour la vie ou l'intégrité physique.

Nécessité

12. Quiconque commet une infraction en raison d'un état de nécessité issu de circonstances autres qu'une attaque ou des menaces illégales, bénéficie d'une excuse à l'égard de cette infraction

a) s'il agit pour empêcher que soit causé un préjudice corporel ou matériel immédiat,

b) si ce préjudice est nettement plus grave que celui qui résulte de l'infraction, et

c) si ce préjudice ne peut être efficacement empêché par des moyens moins extrêmes.

Légitime défense

Règle générale

13. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, bénéficie d'une justification quiconque n'emploie que la force nécessaire à la protection de sa personne ou de celle d'un tiers placé sous sa protection contre une agression, pourvu que la force employée soit proportionnée au préjudice qu'il appréhende.

Application de la loi: limite

(2) Nul ne bénéficie d'une justification s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves alors qu'il se défend contre un acte, y compris une arrestation illégale, accompli de bonne foi dans l'application de la loi.

Légitime défense invoquée par un agresseur: limite

(3) Nul ne bénéficie d'une justification s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, alors qu'il repousse l'attaque d'une personne qu'il a attaquée ou provoquée sans justification, sauf s'il a des motifs raisonnables d'appréhender la mort ou des lésions corporelles graves et à la condition qu'il n'ait pas d'abord attaqué ou provoqué cette personne dans le dessein de causer sa mort ou de lui infliger des lésions corporelles graves.

Défense des biens mobiliers

Règle générale

14. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, le possesseur paisible d'un bien mobilier bénéficie d'une justification quant à la force qu'il emploie pour empêcher quiconque de prendre ce bien ou pour le reprendre à quiconque s'en est emparé, à condition que la force employée n'excède pas celle qui est nécessaire à cette fin.

Personnes détenant un droit à la possession: limite

(2) Ne bénéficie pas de la justification le possesseur paisible qui, n'ayant pas de droit à faire valoir sur la possession de ce bien, emploie la force pour défendre sa possession du bien contre quiconque y a droit.

Degré de force: limite

(3) Nul possesseur paisible ne bénéficie d'une justification du seul fait du paragraphe (1) du présent article, s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer des lésions corporelles graves.

Possesseur paisible

(4) Dans le présent article, «possesseur paisible» s'entend notamment de quiconque tente de recouvrer la possession d'un bien immédiatement après en avoir été privé.

Défense des biens immobiliers

Règle générale

15. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, le possesseur paisible d'un bien immobilier bénéficie d'une justification quant à la force qu'il emploie pour empêcher quiconque de s'y introduire, pour éloigner un intrus ou pour défendre son bien contre quiconque y pénètre pour en prendre possession, à condition que la force employée n'excède pas celle qui est nécessaire à cette fin.

Personnes détenant un droit à la possession: limite

(2) Ne bénéficie pas de la justification, le possesseur paisible qui, n'ayant pas de droit à faire valoir sur la possession de ce bien, emploie la force pour défendre sa possession du bien contre quiconque y a droit et y pénètre paisiblement de jour, pour en prendre possession.

Degré de force: limite

(3) Nul possesseur paisible ne bénéficie d'une justification du seul fait du paragraphe (1) du présent article s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer des lésions corporelles graves.

Application de la loi

Règle générale

16. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, quiconque accomplit ce qui lui est enjoint ou permis de faire pour l'application de la loi bénéficie d'une justification quant à l'acte qu'il accomplit et la force qu'il emploie à cette fin, à condition qu'il agisse en s'appuyant sur des motifs raisonnables et que la force employée n'excède pas celle qui est nécessaire.

Applications particulières

(2) Sans restreindre la généralité du paragraphe (1), la justification qui y est prévue s'applique à quiconque

a) effectue une arrestation légale,

b) empêche la perpétration d'une infraction mettant en danger un bien, la vie ou l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État, et

c) emploie la force à ces fins, si elle n'excède pas celle qui est nécessaire.

Actes judiciaires défectueux

(3) La personne que la loi oblige ou autorise à exécuter un acte judiciaire ou une sentence bénéficie d'une justification quant à l'exécution de cet acte ou de cette sentence, si elle agit de bonne foi, malgré tout défaut ou vice de compétence les entachant.

Degré de force: limite

(4) Nul ne bénéficie d'une justification s'il emploie une force dont il sait qu'elle est de nature à causer des lésions corporelles graves, sauf si cela est nécessaire

a) pour se protéger ou protéger un tiers placé sous sa protection contre la mort ou des lésions corporelles,

b) pour empêcher la perpétration d'une infraction susceptible de causer une blessure grave et immédiate à autrui,

c) pour vaincre la résistance d'une personne ou l'empêcher de fuir lors de son arrestation pour une infraction mettant en danger la vie, l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État,

d) pour empêcher une personne de s'évader ou la reprendre s'il croit qu'elle est légalement détenue ou emprisonnée pour une infraction mettant en danger la vie, l'intégrité physique d'une personne ou la sécurité de l'État.

Aide légitime

17. Les justifications prévues par les articles 13 à 16 s'appliquent à quiconque aide, de bonne foi, une personne agissant en vertu de ces dispositions ou à quiconque agit sous l'autorité de cette dernière.

Renvois de la partie générale

1. *La Reine c. Prue et Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547, à la p. 548, (1979) 46 C.C.C. (2d) 257, 8 C.R. (3d) 68, 96 D.L.R. (3d) 577, [1979] 4 W.W.R. 554.
2. *Shaw v. D.P.P.*, [1962] A.C. 220, à la p. 268.
3. *Fagan v. Commissioner of Metropolitan Police*, [1969] 1 Q.B. 439.
4. Holmes, *The Common Law* (1881) 45.

4a. H. L. A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights" (1949) 49 *Proc. Arist. Soc.* 171, aux p. 179-180.

5. *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, à la p. 185.
6. *Ibid.*, à la p. 187.
7. *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 3 C.R. (3d) 30.
8. *La Reine c. Prue et Baril*, *supra*, note 1, à la p. 553.
9. *St-Germain c. R.*, [1976] C.A. 185 (Qué.).
10. *Harding v. Price*, [1948] 1 All E.R. 283, [1948] 1 K.B. 695.
11. *Hill c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 402, 24 C.R.N.S. 297.
12. *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339, 29 C.C.C. (2d) 97, 68 D.L.R. (3d) 243.
13. *Arthurs c. La Reine*, [1974] R.C.S. 287, 7 C.C.C. (2d) 438, 28 D.L.R. (3d) 565.
14. *R. v. Coyne* (1958), 124 C.C.C. 176, 31 C.R. 335 (C.A.N.-B.).
15. *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506, 34 C.C.C. (2d) 427, 75 D.L.R. (3d) 321, 40 C.R.N.S. 79.
16. *R. v. Buzzanga and Durocher* (1980), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.).
17. Voir, par exemple, Mewett et Manning, *Criminal Law* (1978), aux p. 92-93.
18. Kenny, *Outlines of Criminal Law* (19e éd. Turner 1966), à la p. 80.
19. *R. v. B.C.* (1977), 39 C.C.C. (2d) 469 (C. prov. Ont.).
20. C.R.D.C., document de travail n° 14, *Processus pénal et désordre mental* (1975).
21. *L'arrêt M'Naghten* (1843), 4 State Tr. N.S. 847.
22. *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, à l'art. 216.

23. *R. v. Kasperek*, [1951] O.R. 776, 101 C.C.C. 375, 13 C.R. 206 (C.A.). *Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle* (1956) (Rapport McRuer), à la p. 66.

24. *More c. La Reine*, [1963] R.C.S. 522, [1963] 3 C.C.C. 289, 41 C.R. 98.

25. *Ibid.*; *Chartrand c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 314, 26 C.C.C. (2d) 417, 64 D.L.R. (3d) 145, 8 N.R. 503.

26. *R. v. Blackmore* (1967), 1 C.R.N.S 286, [1965-69] 4 N.S.R. 509 (C.A.N.-É.); *La Reine c. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270, 26 C.R.N.S. 179 (C.A. Ont.), décision confirmée à [1977] 1 R.C.S. 612, 28 C.C.C. (2d) 266; *R. v. Hilton* (1977), 34 C.C.C. (2d) 206 (C.A. Ont.); *Meloche c. La Reine*, [1975] C.A. 558 (Qué.).

27. *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665 (vol qualifié) et *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, 15 C.R. (3d) 225, confirmant (1977), 37 C.C.C. (2d) 461 (C.A. Ont.).

28. Voir *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349 (C.S. Ont.) et *R. v. Jessamine* (1912), 19 C.C.C. 214 (C.A. Ont.).

29. Art. 216 du *Code criminel* adopté en 1922 et s'inspirant d'une loi anglaise (1922). Voir Williams, *The Sanctity of Life* (1958).

30. *Homicide Act* (1957), à l'art. 7 (Angleterre).

31. *La Reine c. Borg*, [1969] R.C.S. 551, [1969] 4 C.C.C. 262; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, 77 D.L.R. (3d) 507, 16 O.R. (2d) 129 (C.A. Ont.); *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 51 C.C.C. (2d) 129, 13 C.R. (3d) 97.

32. Voir toutefois les observations du juge Dubin dans *R. v. Cooper* (1978), 40 C.C.C. (2d) 145, à la p. 147 (C.A. Ont.).

33. Stroud, *Mens Rea* (1914).

34. Voir *R. v. Charlson* (1955), 39 Cr. App. R. 37, [1955] 1 All E.R. 859.

35. Voir *R. v. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249, [1957] 1 Q.B. 399.

36. Voir *Bratty v. A.-G. for Northern Ireland* (1961), 46 Cr. App. R. 1 (Chambre des lords).

37. *R. v. Kemp*, *supra*, note 35.

38. Certaines décisions récentes donnent une définition détaillée de cette expression. Voir *Cooper c. La Reine*, *supra*, note 31.

39. *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826 (C.C.A.); *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, 29 C.C.C. (2d) 1.

40. *R. v. Laycock*, [1952] O.R. 908 (C.A.); *R. v. Cracknell*, [1931] O.R. 634, 56 C.C.C. 190, [1931] 4 D.L.R. 657 (C.A.); *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228, [1940] 3 W.W.R. 77, [1940] 4 D.L.R. 80 (C.A. Man.) où le terme «mauvais» a été interprété comme signifiant «moralement mauvais»; voir, à l'effet contraire, *R. v. Cardinal* (1953), 17 C.R. 373, 10 W.W.R. (N.S.) 403 (C.A. Alberta).

41. *Schwartz c. La Reine*, *supra*, note 39, M. le juge Dickson aux p. 689-690.

42. *Ibid.*

43. *Code criminel*, au par. 16(3).

44. Rapport McRuer, *supra*, note 23, à la p. 46.

45. *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462.

46. *Smythe c. Le Roi*, [1941] R.C.S. 17, 74 C.C.C. 273, [1941] 1 D.L.R. 497.

47. *R. v. Frank*, [1971] 1 O.R. 693, 2 C.C.C. (2d) 287, 12 C.R.N.S. 339 (C.A.); *Re Regina and Scroggie* (1974), 15 C.C.C. (2d) 309 (C.S.C.-B.).

48. *R. v. Irwin* (1977), 33 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.).

49. *Code criminel*, à l'art. 542.

50. *La Reine c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, 51 C.C.C. (2d) 193.

51. *Schwartz c. La Reine*, *supra*, note 39.

52. *La Reine c. Barnier*, *supra*, note 50.

53. *Cooper c. La Reine*, *supra*, note 31.

54. *R. v. Hilton* (1977), 34 C.C.C. (2d) 206 (C.A. Ont.); *Meloche c. La Reine*, [1975] C.A. 558; *R. v. Meloche* 34 C.C.C. (2d) 184 (Qué.); *R. v. Lechasseur* (1977), 38 C.C.C. (2d) 319 (C.A. Qué.).

55. Beck et Parker, "The Intoxicated Offender, A Problem of Responsibility" (1966) 44 *Rev. Can. du Bar.* 563.

56. *R. v. Davis* (1881), 14 Cox C.C. 563.

57. *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306.

58. *D.P.P. v. Beard*, [1920] A.C. 479 (Chambre des lords).

59. *Ibid.*

60. *R. v. Davis*, *supra*, note 56.

61. *D.P.P. v. Beard*, *supra*, note 58. Voir Mewett et Manning, *supra*, note 17, aux p. 170 à 177.

62. Smith et Hogan, *Criminal Law* (4e éd., 1978) 189. Mewett et Manning, *supra*, note 17, à la p. 168.

63. *La Reine c. King*, [1962] R.C.S. 746, 133 C.C.C. 1, 38 C.R. 52, 35 D.L.R. (2d) 386, confirmant (1961), 129 C.C.C. 391, 34 C.R. 264 (C.A. Ont.).

64. *La Reine c. George*, [1960] R.C.S. 871, 128 C.C.C. 289, 34 C.R. 1; *McAskill c. Le Roi*, [1931] R.C.S. 330, 55 C.C.C. 81, [1931] 3 D.L.R. 166.

65. *La Reine c. George*, *supra*, note 64.

66. *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, à la p. 42.

67. *R. v. Majewski*, [1977] A.C. 443 (Chambre des lords).

68. *Leary c. La Reine*, *supra*, note 66, à la p. 47, 33 C.C.C. (2d) 473, 74 D.L.R. (3d) 103, 37 C.R.N.S. 60, [1977] 2 W.W.R. 628, 13 N.R. 592.

69. *Bratty v. A.-G. for Northern Ireland* (1961), 46 Cr. App. R. 1 (Chambre des lords); *R. v. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346, 48 C.R. 389, 56 W.W.R. 385, 57 D.L.R. (2d) 332 (C.A. Sask.); *R. v. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288, 56 D.L.R. (2d) 65 (C.A.N.-B.); *Cullum v. R.* (1973), 14 C.C.C. (2d) 294 (Cour de comté Ont.); *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461 (C.A. Ont.).

70. *Rabey c. La Reine*, *supra*, note 27.

71. *Bleta v. The Queen*, [1964] R.C.S. 561, [1965] 1 C.C.C. 1, 44 C.R. 193, 48 D.L.R. (2d) 139.

72. *R. v. Kemp*, *supra*, note 35.

73. *R. v. Hartridge*, *supra*, note 69.

74. *R. v. Quick and Paddison*, [1973] 3 All E.R. 347, 57 Cr. App. R. 722, [1973] Q.B. 910 (C.A.).

75. *Rabey c. La Reine*, *supra*, note 27.

76. Hale, 1 *Pleas of the Crown* (1678) 434.

77. *R. v. McDowell* (1980), 52 C.C.C. (2d) 298 (C.A. Ont.), à la p. 304.

78. Kenny, *Outlines of Criminal Law* (17e éd.) 81.

79. *R. v. Bamber* (1843), 114 E.R. 1254 (B.R.); *Strasser c. Roberge*, [1979] 2 R.C.S. 953.

80. *Fondation Richard Lamer Inc. c. Office de la construction du Québec* 36 C.R.N.S. 257 (Qué.).

81. Smith et Hogan, *supra*, note 62, à la p. 211.

82. *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168.

83. *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640, 115 C.C.C. 1; *Beaver c. La Reine*, [1957] R.C.S. 531, 118 C.C.C. 129, 26 C.R. 193; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, 14 C.R. (3d) 243, [1980] 4 W.W.R. 387; *R. c. Sault Ste-Marie*, *supra*, note 7.

84. *R. c. Chapin*, [1979] 2 R.C.S. 121, 7 C.R. (3d) 225, 45 C.C.C. (2d) 333.

85. *R. c. Kundeus*, [1976] 2 R.C.S. 272, 24 C.C.C. (2d) 276, 32 C.R.N.S. 129, 5 N.R. 471, infirmant (1974), 17 C.C.C. (2d) 345, 32 C.R.N.S. 129, [1974] 4 W.W.R. 228 (C.A.C.-B.).

86. *Idem*, [1976] 2 R.C.S. 272, à la p. 280.

87. *Ibid.*, à la p. 284.

88. *Roper v. Taylor's Central Garage Ltd.*, [1951] 2 T.L.R. 284.

89. *R. c. Sault Ste-Marie*, *supra*, note 7.

90. Voir Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978).

91. *Code criminel*, à l'art. 19.

92. Voir *R. v. Howson*, [1966] 3 C.C.C. 348, 47 C.R. 322, 55 D.L.R. (2d) 582 (C.A. Ont.).

93. La conviction sincère mais erronée qu'un premier mariage avait été dissous par le divorce a déjà été à la source d'une controverse dans l'application de cette règle. Dans une série d'arrêts dont *R. v. Wheat and Stocks*, [1921] 2 K.B. 119 (C.C.A.), 15 Cr. App. R. 134, le moyen de défense a été rejeté dans de telles circonstances. Cette décision a, par la suite, été infirmée par *R. v. Gould* (1968), 52 Cr. App. R. 152 (C.C.A.). Voir une décision rendue récemment au Canada: *R. v. Woodridge* (1978), 40 C.C.C. (2d) 30 (C. prov. Sask.).

94. Même s'il est clairement établi dans le cas des règlements (S.R.C. 1970, c. R-5, à l'art. 6), ce principe ne semble faire l'objet d'aucune sanction officielle en matière d'infractions criminelles.

95. *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356; *R. c. Shymkowich*, [1954] R.C.S. 606, 110 C.C.C. 97, 19 C.R. 401.

96. *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369, 22 C.R.N.S. 258 (C.A. Ont.); *R. v. Hemmerly*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 141 (C.A. Ont.); *R. v. Howson*, [1966] 3 C.C.C. 348 (C.A. Ont.).

97. Voir, par exemple, le *Code criminel*, aux articles 202 et 238, où sont définies respectivement la négligence criminelle et la conduite pendant interdiction. L'article 238 a été déclaré *ultra vires* par la Cour suprême dans la décision *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49.

98. Par exemple, mettre le feu par négligence, *Code criminel*, à l'art. 392.

99. Par exemple, l'intrusion de nuit, *Code criminel*, à l'art. 173.

100. *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213 (C.A.C.-B.) au sujet de l'art. 173 du *Code criminel*; *R. v. Villeneuve*, [1968] 1 C.C.C. 267, 2 C.R.N.S. 301 (Cour de comté N.-É.) au sujet de l'art. 238 du *Code criminel*.

101. *La Reine c. Prue et Baril*, *supra*, note 1.

102. *R. v. MacLean* (1979), 49 C.C.C. (2d) 552, 12 C.R. (3d) 1, 32 N.S.R. (2d) 650 (C.A.).

103. S.R.C. 1970, c. R-5.

104. S.R.C. 1970, c. I-23, aux art. 5 et 17.

105. Il ne semble pas y avoir de décisions publiées où ce problème ait été traité directement. La décision suivante se rapproche beaucoup de notre hypothèse: *R. v. Campbell and Mlynarchuk* (1973), 10 C.C.C. (2d) 26, 21 C.R.N.S. 273 (C. de district Alberta).

106. Tout comme plus haut, aucune décision publiée ne correspond exactement à notre hypothèse. Voir, par exemple, *R. v. Potter* (1978), 39 C.C.C. (2d) 538, 3 C.R. (3d) 154 (C.S.Î.-P.-É.) et *R. v. Walker and Somma* (1980), 51 C.C.C. (2d) 423 (C.A. Ont.).

107. *R. v. MacLean* (1974), 27 C.R.N.S. 31 (Cour de comté N.-É.).

108. Smith et Hogan, *supra*, note 62, aux p. 199 à 206.

109. *R. v. Carker* (n° 2), [1967] R.C.S. 114, [1967] 2 C.C.C. 190, 2 C.R.N.S. 16, 60 W.W.R. 365, infirmant [1966] 4 C.C.C. 212, 48 C.R. 313, 56 W.W.R. (N.S.) 65 (C.A.C.-B.).

110. *La Reine c. Paquette*, [1977] 2 R.C.S. 189, 30 C.C.C. (2d) 417, 70 D.L.R. (3d) 129, 11 N.R. 451.

111. *Ibid.*

112. *R. v. Carker*, *supra*, note 109.

113. *Ibid.*

114. *R. v. Smith*, [1961] A.C. 290 (Chambre des lords).

115. *La Reine c. Paquette*, *supra*, note 110.

116. Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), aux p. 553 à 558.

117. *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, 20 C.C.C. (2d) 449.

118. Voir, par exemple, *R. v. Nadeau* (1975), 19 C.C.C. (2d) 199, 8 N.B.R. (2d) 703 (C.A.N.-B.); et *R. v. Henderson* (1976), 34 C.C.C. (2d) 40 (Cour de comté Ont.).

119. *U.S. v. Holmes* (1842), 26 Fed. Cas. 360.

120. *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273.

121. *Morgentaler c. La Reine*, *supra*, note 117.

122. *Id.*, [1976] 1 R.C.S. 678.

123. Williams, *supra*, note 116, à la p. 556.

124. *U.S. v. Holmes*, *supra*, note 119.

125. *R. v. Dudley and Stephens*, *supra*, note 120.

126. Smith et Hogan, *supra*, note 62, aux p. 325 à 331.

127. Voir, par exemple, *R. v. Baxter* (1976), 27 C.C.C. (2d) 96, 33 C.R.N.S. 22 (C.A. Ont.) et *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403, 70 D.L.R. (3d) 603 (C.A. Ont.).

128. *R. v. Hay* (1973), 22 C.R.N.S. 191 (C.A. Ont.).

129. *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A.C.-B.); *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27 (C.A. Sask.); *R. v. Ouellette* (1950), 98 C.C.C. 153 (C.A.C.-B.).

130. *R. v. Hay*, *supra*, note 128.

131. Smith et Hogan, *supra*, note 62, aux p. 325 à 331.

132. *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, [1950] 3 D.L.R. 513, 97 C.C.C. 1.

ANNEXE «A»

Le consentement

Aux termes du présent projet, la partie générale du *Code criminel* ne contient aucune disposition au sujet du consentement.

En common law, nul ne peut consentir à ce qu'on lui inflige la mort ou des lésions corporelles graves. Toutefois, au Canada, l'article 14 *C.cr.* énonce seulement que nul ne peut consentir à sa propre mort.

À bien y penser, les dispositions de l'article 14 du *Code criminel* sont-elles vraiment nécessaires? À première vue, il semble que oui puisqu'elles excluent, à l'égard d'une accusation d'homicide, le moyen de défense fondé sur le consentement de la victime. Pourtant, le consentement n'a aucune importance dans le cas des infractions d'homicide, lesquelles consistent à causer la mort avec un certain *mens rea*. Dans le cas du meurtre, ce qui compte, c'est l'intention de tuer; pour ce qui est de l'homicide involontaire coupable, l'élément important est la nature dangereuse et illégale de l'acte commis; quant à l'infraction qui consiste à causer la mort par négligence criminelle, il s'agit alors de l'insouciance dont l'accusé fait preuve. Les dispositions de l'article 14 *C.cr.* sont donc tout à fait superflues.

En fait, il ressort de ce qui précède que la notion de consentement n'a pas sa place dans la partie générale. En revanche, elle prend toute son importance dans le contexte de certaines infractions telles que le viol, les voies de fait et le vol, dont un élément essentiel consiste justement dans l'absence

de consentement de la part de la victime. Par conséquent, si la victime a consenti, l'infraction ne peut être prouvée dans tous ses éléments, et l'accusé ne peut en être trouvé coupable.

Il est également important de noter que, dans le cas de ce type d'infractions, le consentement de la victime ne constitue pas véritablement un moyen de défense; il ne s'agit pas d'un fait que l'accusé doit établir. Au contraire, c'est à la poursuite qu'il incombe de prouver l'absence de consentement. Cette règle est souvent mal comprise parce que, sauf dans le cas des traitements chirurgicaux et des épreuves sportives, le consentement à la violence est exceptionnel. Il s'ensuit que l'on présume toujours l'absence de consentement, et que lors d'un procès, l'absence de consentement est habituellement tenue pour acquise, à moins que l'accusé ne fournisse une preuve contraire. C'est pour cette raison que l'on considère souvent, à tort, le consentement de la victime comme un moyen de défense.

À strictement parler, les règles relatives au consentement devraient donc se trouver dans les chapitres pertinents de la partie spéciale. Les chapitres portant respectivement sur les crimes contre la personne et sur les infractions fondées sur la malhonnêteté devraient contenir des dispositions qui déterminent quelles sont les infractions dont l'absence de consentement de la victime est un élément essentiel.

Par ailleurs, même dans les cas où il faut tenir compte de la question du consentement, la nature de ce consentement peut varier d'une infraction à l'autre. En matière d'escroquerie, par exemple, la responsabilité n'est écartée que par le consentement au transfert de propriété et non par le consentement au transfert de la simple possession. Pour ce qui est du viol, seules les représentations frauduleuses sur la nature de l'acte ou sur l'identité de l'accusé peuvent annihiler le moyen de défense fondé sur le consentement de la victime. Enfin, dans le cas des voies de fait, le même moyen de défense peut être anéanti par toute forme de fraude. Par conséquent, même si l'on devait traiter du consentement dans la partie générale, cela ne supprimerait pas les répétitions puisqu'il serait tout de même nécessaire de formuler ces différents critères.

ANNEXE «B»

Le droit de correction

Le présent projet demeure silencieux sur la question du droit de correction. Toutefois, ce silence ne doit pas être interprété comme une prise de position sur la règle contenue à l'article 43 *C.cr.* En effet, la Commission n'a pas encore pris de décision finale à ce sujet.

Il fut une époque où la règle de common law qui permet l'emploi d'une force raisonnable à des fins de discipline ne s'appliquait pas seulement aux enfants, mais aussi aux apprentis, aux domestiques, aux militaires, aux marins, aux prisonniers et aux condamnés. Cependant, elle a, depuis, fait l'objet de restrictions successives, de sorte qu'à toutes fins pratiques, elle ne s'applique plus aujourd'hui qu'à une seule catégorie de personnes. Ainsi, au Canada, mis à part le cas du maintien de la discipline à bord d'un navire (art. 44 *C.cr.*), on ne peut infliger une punition corporelle qu'à un enfant.

Faut-il passer à l'étape ultime et interdire, de façon absolue, le recours aux punitions corporelles? La question est délicate. D'une part, ceux qui se font les champions des droits de l'enfance dénoncent le caractère injuste de la loi à l'endroit des enfants qui sont les seules personnes contre lesquelles l'usage de la force physique est permis. Ils soulignent en outre qu'on expose ainsi les enfants à des abus et à des mauvais traitements et s'élèvent contre l'absurdité de l'attitude qui consiste à répondre à la violence (ou à toute autre mauvaise action) par la violence. D'autre part, certains revendiquent pour les parents le droit d'exercer une autorité absolue sur leurs enfants, invoquent les problèmes soulevés par les enfants

indisciplinés dans les écoles secondaires et soulignent les dangers d'une ingérence intempestive de l'appareil judiciaire pénal dans l'intimité familiale.

Devant un tel dilemme, le problème soulevé par la règle contenue à l'article 43 *C.cr.* exige que l'on procède à des enquêtes approfondies afin de déterminer la position qu'il y a lieu d'adopter sur cette question. À cet égard, le moyen de défense fondé sur le droit de correction diffère, d'une part, des autres moyens de défense comme l'erreur de fait et la contrainte morale, mais est analogue, d'autre part, à la minorité, à l'aliénation mentale et à l'intoxication. Par rapport à cette dernière catégorie de moyens de défense, qui a fait l'objet de nombreuses études sur le plan des politiques, très peu de recherches ont été faites, jusqu'à maintenant, au sujet du droit de correction. De plus, le problème des punitions corporelles infligées aux enfants ne relève pas seulement du droit pénal; il concerne également les institutions que sont la famille, le système d'éducation et, de façon générale, la société elle-même.

C'est pour cette raison que la Commission préfère s'abstenir de faire des recommandations à ce sujet, jusqu'à ce que les recherches nécessaires aient été effectuées. Cette question sera prise en considération lorsque nous étudierons les crimes contre la personne.

ANNEXE «C»

La charge de la preuve

Dans le présent projet, nous n'avons abordé la question de la charge de la preuve que de façon exceptionnelle, dans trois cas particuliers. Bien entendu, nous n'avons pas voulu minimiser l'importance capitale de cette matière. Toutefois, nous avons cru préférable de régler d'abord les questions de principe et de fond, quitte à traiter des questions de preuve et de procédure dans un document ultérieur.

Les cas où nous avons abordé la question de la charge de la preuve sont ceux des troubles mentaux, de l'erreur de fait et de l'intoxication. En matière de troubles mentaux, l'article 5 du projet reprend les règles du droit actuel au sujet de la charge de la preuve. Pour ce qui est de l'erreur de fait, le paragraphe 9(1) du projet constitue une codification des règles actuelles, lesquelles permettent à un accusé de se dégager de sa responsabilité pour une infraction réglementaire, s'il est en mesure de prouver que sa conduite est attribuable à une erreur de fait ou à une ignorance raisonnables. Enfin, aux termes du projet nº 2 de l'article 6, l'intoxication involontaire constitue un moyen de défense à l'égard de la nouvelle infraction incluse d'intoxication criminelle. Cependant, l'accusé a alors la charge de prouver le caractère involontaire de l'intoxication.

Cependant, à la lumière des règles que la Commission a présentées dans son Code de la preuve, il est possible de prévoir le fonctionnement de la partie générale proposée en matière de preuve. Tout d'abord, la charge de persuasion repose comme en droit actuel sur la poursuite, sauf disposition contraire du texte de loi pertinent (voir l'article 12 du Code de

la preuve). Ensuite, la règle qui précède n'a pas pour effet d'obliger la poursuite à réfuter tous les moyens de défense qui s'offrent à l'accusé; elle n'a qu'à réfuter ceux à l'égard desquels il existe une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable (voir le paragraphe 12(4) du Code de la preuve). Nous reviendrons plus tard sur la question de savoir si la présomption d'innocence et le régime du doute raisonnable doivent s'appliquer à tous les moyens de défense ou si certains d'entre eux doivent y déroger (comme l'aliénation mentale en droit actuel, par exemple). Il en va de même pour la question des présomptions légales et des présomptions de fait.

ANNEXE «D»

Le transfert d'intention

Bien que les problèmes liés au transfert d'intention aient fait l'objet de nombreuses études en doctrine, cette notion n'apparaît pas de façon explicite dans le présent projet. La raison en est que ces problèmes peuvent être résolus au moyen des règles qui régissent l'erreur et la prévision des conséquences; ils sont en effet, divisés en deux catégories.

La première catégorie recouvre les cas où une personne commet une erreur sur la nature de son acte. Par exemple, *X* fait le trafic d'une substance qu'il croit être de la marihuana alors qu'en fait, il s'agit de morphine. Dans les cas de cette nature, on s'est interrogé en doctrine sur la question de savoir si l'intention coupable de *X* concernant la marihuana pouvait être transférée à l'acte effectivement commis, de façon que *X* soit considéré comme pénalement responsable d'un acte qu'il n'a jamais voulu commettre. Mais le véritable problème vient du fait qu'il est difficile, sur ce point, de réconcilier la stricte logique et l'intérêt de la justice. D'un point de vue logique, on ne peut condamner *X* pour avoir fait du trafic de marihuana (parce qu'effectivement, il ne l'a pas fait), ni pour avoir fait du trafic de morphine (parce qu'il ne savait pas qu'il s'agissait de morphine). Pourtant, dans l'intérêt de la justice, force nous est de reconnaître que *X* a eu l'intention d'enfreindre la loi, que de ce fait, il constitue un danger pour la société, et que, par conséquent, il doit être puni.

Dans le projet, ce dilemme est résolu par les dispositions du paragraphe 9(2) qui porte sur l'erreur de fait et l'ignorance. Une personne qui est accusée d'une infraction quelconque (de

trafic de morphine, par exemple) alors que, selon sa perception des faits, elle croyait en commettre une autre (trafic de marihuana), ne peut bénéficier de ce moyen de défense que si elle admet avoir tenté de commettre cette dernière infraction. Vu la présence d'une telle règle, il est inutile d'inclure dans le projet une disposition sur le transfert d'intention.

Les cas de la seconde catégorie sont ceux où, par suite d'une erreur ou d'un accident, la conduite d'une personne a une conséquence différente de celle que cette personne prévoyait. Par exemple, *A* essaie de frapper un objet mais en frappe un autre. Selon le common law traditionnel, c'est seulement dans le cas où les deux objets sont de même nature qu'il peut y avoir transfert de l'intention. Ainsi, si *A* tente de frapper *B* mais frappe *C*, il est tout aussi coupable que s'il avait visé *C*. Le résultat est le même si *A* essaie de blesser le cheval de *B* mais blesse plutôt le chien de celui-ci. Par contre, si *A* vise *B* mais frappe le chien de celui-ci (ou vice versa), il ne peut y avoir transfert de l'intention criminelle, et *A* ne peut être condamné que s'il a fait preuve d'insouciance.

L'alinéa 3*d*) du projet, qui traite de la conséquence d'une conduite, apporte une solution aux problèmes de cette nature. Si *A* essaie de provoquer une conséquence illégale quelconque mais que, en fait, il en provoque une autre, il sera considéré comme pénalement responsable à l'égard de la seconde, s'il savait qu'elle pouvait résulter de sa conduite. Il va sans dire qu'il peut également être condamné pour avoir tenté de provoquer la première conséquence. Dans ces conditions, il n'est donc pas nécessaire que la partie générale contienne une disposition au sujet du transfert d'intention.

Il n'en reste pas moins, cependant, que dans le cas de certaines infractions, des dispositions particulières sur le transfert d'intention pourront éventuellement être nécessaires. Il s'agit notamment du meurtre prévu à l'alinéa 212*c*) du *Code* actuel et de l'infraction qui consiste à causer intentionnellement des lésions corporelles, laquelle est prévue à l'article 228 *C.cr.* La question du transfert d'intention sera examinée de façon plus appropriée dans le contexte de chacune de ces infractions qui comportent le désir d'une conséquence particulière.

ANNEXE «E»

Le rôle de la partie générale

Table des matières

Le droit, la morale et la partie générale 169

La notion de partie générale et son évolution 171

La partie générale au Canada 173

But et fonction de la partie générale 177

Le contenu de la partie générale 181

La partie générale au Canada: remplit-elle son rôle? 185

1. Éviter la répétition 185
2. La systématisation du droit pénal et l'agencement de ses composantes 186
3. La théorie et les principes fondamentaux 189

Le principe de la responsabilité pénale 191

1. Le caractère central du principe — historique 191
2. Justifications du caractère central du principe de la responsabilité 197
3. La signification du principe et les difficultés qu'il soulève 200

a) Des principes aux précédents puis aux lois 200

b) Effet sur le principe de la responsabilité 206

(i) La distinction entre *actus reus* et *mens rea* 207

(ii) Les actes involontaires 209

(iii) La description d'un acte 210

(iv) Le *mens rea* comme norme 213

(v) Le *mens rea*: son caractère essentiellement réfutable 215

(vi) La spécificité du droit pénal et le principe de la légalité 217

Conclusion 221

Renvois de l'annexe «E»: Le rôle de la partie générale 225

Le droit, la morale et la partie générale

Tout le monde s'accorde pour reconnaître qu'il existe un rapport entre le droit, la morale et la justice mais les opinions sont partagées lorsqu'il s'agit de déterminer la nature précise de ce rapport. Cela est particulièrement vrai dans le cas du droit pénal. En fait, que sont les infractions criminelles? Sont-elles simplement des actions ou des omissions prohibées par le droit pénal[1]? Ou s'agit-il plutôt [TRADUCTION] «de péchés définis par la loi[2]»? L'auteur Fitzjames Stephen[3] souligne qu'il existe sur cette question une divergence d'opinions entre les avocats et les profanes. En effet, les avocats considèrent les infractions criminelles comme des actions qui sont interdites et punies par la loi tandis que pour les profanes, ce sont des actions qui sont interdites et punies parce qu'elles *doivent* l'être[4]. Pour les avocats, le droit pénal énumère simplement des choses à faire et à ne pas faire, alors que pour les profanes, il constitue une application juridique de principes moraux.

En fait, ces façons de concevoir les infractions criminelles contiennent toutes deux une part de vérité. Certes, il est juste de souligner que dans notre système de droit, les seules infractions qui existent sont prévues par la loi. Selon ce principe, exprimé par la maxime «*nullum crimen sine lege*», il n'existe aucune infraction criminelle sans interdiction légale. Mais il est également juste d'affirmer que le droit pénal a une autre dimension; car il ne suffit pas qu'un acte soit interdit par la loi pour qu'il constitue une infraction criminelle et le droit pénal ne consiste pas simplement dans le fait de définir des infractions criminelles spécifiques.

En effet, le droit pénal est aussi fait de bon sens, de morale et de justice. Les interdictions sont énoncées de

manière elliptique et l'interprétation des dispositions légales relatives au meurtre, au vol et aux autres infractions doit tenir compte des principes moraux généraux relatifs au cas fortuit, à l'erreur, etc. L'interprétation et l'application de telles interdictions ne peut se faire que dans le contexte des principes généraux en matière de disculpation. Les interdictions légales se trouvent dans la partie spéciale, tandis que la partie générale renferme les principes généraux[5].

La notion de partie générale et son évolution

L'expression «partie générale du droit pénal», qui sert à décrire l'ensemble des principes généraux ayant trait à la responsabilité pénale et aux moyens de se disculper, fut introduite en doctrine britannique par Glanville Williams[6]. Celui-ci reconnaissait toutefois que des chapitres intitulés «partie générale», par exemple, faisaient déjà partie des codes pénaux des pays continentaux et étaient déjà bien connus des théoriciens européens. Et bien entendu, les théoriciens du common law comme Stephen[7], Blackstone[8] et Hale[9] reconnaissaient eux-mêmes depuis fort longtemps l'existence de ces principes généraux.

En effet, nous pouvons dire à juste titre que Hale fut le premier auteur à introduire dans le common law le concept de partie générale du droit pénal[10]. Auparavant, le droit pénal anglais ne consistait qu'en une série de procédures et d'infractions spécifiques réunies dans des manuels destinés aux juges et dans des guides de pratique[11]. L'œuvre de pionnier réalisée par Hale sur les principes généraux fut telle que [TRADUCTION] «pour la première fois, on a pu reconnaître dans la doctrine l'existence possible d'un *système* de droit pénal[12]».

Hale a établi son système de droit pénal en deux étapes. Premièrement, il a distingué le principe fondamental du droit pénal, qui est constitué du discernement et de la libre volonté[13]. À partir de ce principe, il a ensuite établi des principes secondaires qui se rapportent aux «incapacités ou défauts d'intention» c'est-à-dire des principes concernant les moyens de défense. Hale fut ainsi le premier à définir de manière fonctionnelle des notions comme la minorité, l'aliénation mentale, le cas fortuit,

l'ignorance, la contrainte physique, la nécessité et la contrainte morale.

Après que Hale eut jeté les bases d'un système de droit pénal, l'évolution progressive de la partie générale a été l'œuvre non pas des juges mais de la doctrine[14]. Bien que la partie générale soit la création des juges, ceux-ci ne l'ont jamais exposée de façon systématique. En fait, cela n'était pas de leur ressort. Comme l'a déjà exprimé un juge,

> [TRADUCTION] La tâche qui incombe à vos Seigneuries dans cette Chambre consiste à trancher les litiges particuliers et vos Seigneuries n'êtes pas censées rationaliser la loi de l'Angleterre. Cette tâche aussi périlleuse qu'attrayante devrait être laissée aux bons soins d'autres personnes[15].

Ainsi, cette rationalisation du droit pénal fut laissée aux auteurs tels que Blackstone, qui a étudié le concept de l'infraction criminelle et les principes qui se rapportent à la participation aux infractions, Stephen, qui a rédigé un texte préfigurant notre *Code criminel* et Jerome Hall[16] dont les travaux sur la théorie pénale restent une contribution contemporaine incomparable.

Mais aujourd'hui, dans les pays de common law, la partie générale se trouve principalement dans la législation. En effet, à l'exception de l'Angleterre, la partie générale fait partie intégrante des codes criminels. C'est le cas notamment en Australie[17], en Nouvelle-Zélande[18], aux États-Unis[19] et au Canada[20].

La partie générale au Canada

Le cas du Canada est spécial. Comme en Angleterre, la partie générale au Canada était à l'origine soumise principalement aux règles du common law. Toutefois, le Parlement, s'inspirant du *Digest* de Stephen[21] et de son projet de Code que le Parlement de Westminster avait rejetés, adopta en 1892 le *Code criminel*[22]. Dans ce premier *Code criminel*, on reconnaissait la notion de partie générale[23] tout en maintenant en vigueur les excuses et les justifications du common law qui n'étaient pas incompatibles avec le *Code* lui-même. De même, notre *Code criminel* actuel, dont la dernière refonte remonte à 1955, renferme un chapitre[24] où sont regroupées des règles relatives à l'aliénation mentale, à la participation aux infractions et à d'autres sujets. Ces dispositions sont toutefois incomplètes. Car d'une part, certains sujets comme la nécessité et l'ivresse ne sont pas traités et d'autre part, on maintient en vigueur les moyens de défense de common law qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du *Code* ou de toute autre loi du Parlement du Canada[25]. Ainsi, notre partie générale se trouve en partie dans le *Code criminel* et en partie dans d'autres sources du droit pénal.

Tout d'abord, nous retrouvons dans le *Code*, à partir de l'article 3, un chapitre relativement long intitulé «Partie I — Dispositions générales». Conformément à son titre, la Partie I constitue la partie générale du *Code* plutôt que du droit pénal. En effet, bien que la partie générale du droit pénal renferme des dispositions qui touchent à des questions de juridiction et de responsabilité, la Partie I renferme en plus nombre d'autres dispositions (qui définissent[26] par exemple des notions telles que «l'âge», «la valeur» et «l'effet appréciable») mais on y omet en revanche de traiter de certaines questions qui ont une incidence sur la responsabilité (par exemple, la nécessité, l'erreur de fait et l'ivresse).

Par conséquent, la «Partie I — Dispositions générales» est loin de traiter l'ensemble des questions qui se rapportent au principe de la responsabilité pénale. En effet, cette partie ne renferme que des dispositions sur la minorité (articles 12 et 13), l'aliénation mentale (article 16), la contrainte (articles 17 et 18), l'ignorance de la loi (article 19), la participation aux infractions (articles 21 à 23), les tentatives (article 24), ainsi que sur différentes justifications comme le devoir légal (articles 25 à 33), la légitime défense (articles 34 à 37), la défense des biens (articles 38 à 42), l'exercice de l'autorité (articles 43 et 44), la pratique d'opérations chirurgicales (article 45) et le consentement à la mort (article 14).

Plusieurs questions qui touchent à la responsabilité pénale sont traitées ailleurs dans le *Code criminel*. En effet, les notions de causalité[27] et de provocation[28] figurent dans les dispositions relatives à l'homicide. L'insouciance n'est définie que dans les dispositions relatives au méfait[29]. L'erreur de fait n'est prévue que de façon spécifique dans certaines dispositions comme celles qui portent sur l'obscénité[30], les rapports sexuels illicites[31] et d'autres infractions. De plus, même s'ils n'y sont pas définis, l'excuse légitime, la justification et l'exercice de l'autorité légitime peuvent constituer un moyen de défense à l'égard de différentes infractions[32]. Bien que l'application de ces principes soit générale, ils sont éparpillés dans le *Code criminel*.

Enfin, certains aspects de la responsabilité pénale sont encore régis par le common law. Les rédacteurs de notre *Code criminel*, comme ceux du *Draft Code* anglais de 1876, ont en effet voulu éviter d'enfermer le droit pénal dans un cadre trop rigide et ont édicté à l'article 7 que le common law devrait combler les lacunes du *Code*[33]. Ainsi, c'est le common law qui nous enseigne les notions fondamentales que sont l'*actus reus* et le *mens rea* ainsi que les principes qui sous-tendent les règles concernant la minorité et l'aliénation mentale; c'est lui qui nous donne le sens d'expressions clefs telles que «intention», «insouciance» et «négligence», et qui énonce les règles relatives aux moyens de défense tels que la nécessité et l'ivresse.

Par conséquent, il semble qu'au Canada, la partie générale du droit pénal tire ses principes de trois sources différentes: de la «Partie I — Dispositions générales» du *Code criminel*, des autres dispositions du *Code criminel* et du common law. Cependant, peu importe la source, il est nécessaire pour savoir si la partie générale remplit correctement son rôle, d'en déterminer d'abord le but et la fonction.

But et fonction de la partie générale

La discussion sur le but de la partie générale pourrait très bien être amorcée par un aperçu de l'ouvrage *General Principles of Criminal Law* de Jerome Hall. Dans cet ouvrage, qui constitue la première étude complète de l'ensemble du droit pénal et particulièrement de la partie générale, l'auteur distingue trois éléments constitutifs du droit pénal: (1) les règles de droit, (2) les principes secondaires et (3) les principes fondamentaux. Les règles de droit (comme par exemple les règles qui définissent le meurtre, le vol ainsi que les autres infractions) ont un caractère plutôt spécifique; elles se rapportent à des questions dont la portée est relativement restreinte et se trouvent principalement dans la partie spéciale. Les principes secondaires (par exemple, les principes qui régissent l'aliénation mentale, l'erreur ainsi que d'autres moyens de défense) ont une portée plus large que les règles de droit, ont trait à des questions plus générales et se trouvent principalement dans la partie générale. Les principes fondamentaux (la notion de culpabilité, par exemple) sont ceux dont la portée est la plus étendue; ils se rapportent aux questions les plus générales et les plus fondamentales et, selon Hall, ils se situent à proprement parler en dehors du droit[34].

Chacun des trois éléments joue un rôle qui lui est propre. En effet, les règles de droit établissent les caractéristiques de chaque infraction. Les principes secondaires viennent pour leur part compléter ces règles en apportant des précisions sur certaines questions qui se posent dans le cas de toutes les infractions, en matière de justification et d'excuse. Finalement, les principes fondamentaux comprennent les axiomes de base dont découlent les principes secondaires. Par conséquent, la répartition de ces trois éléments en droit pénal est inégale. Alors que la partie spéciale, où sont définies les infractions, ne

renferme que des règles de droit, la partie générale, où sont prévus des moyens de défense, renferme à la fois des règles de droit, des principes secondaires et des principes fondamentaux, d'où le caractère plus profond et plus complexe de la partie générale.

Chacun de ces éléments remplit donc une fonction particulière. Les principes fondamentaux orientent et systématisent le droit pénal. Ainsi, le principe de la responsabilité pénale exprime le fondement moral du droit pénal et fait du libre choix le concept primordial. Les principes secondaires, quant à eux, nous permettent d'appliquer ces principes fondamentaux de façon concrète. Par exemple, les concepts d'erreur, d'ignorance ainsi qu'une quantité d'autres moyens de défense constituent des cas précis d'application du principe de la responsabilité pénale. Enfin, il existe des dispositions générales qui ne découlent pas des principes fondamentaux ou secondaires et qui ne font pas partie des domaines de la preuve et de la procédure. Ces règles, qui touchent notamment aux questions de juridiction et de prescription, devraient être comprises dans la partie générale. Ainsi, la partie générale devrait théoriquement remplir trois fonctions: d'abord, elle devrait permettre d'éviter la répétition des règles et des principes du droit pénal; ensuite, elle devrait faciliter l'organisation rationnelle du droit pénal; enfin, elle devrait fournir au droit pénal un cadre théorique.

C'est avant tout par la formulation de règles générales que l'on peut éviter les répétitions. Tandis que les règles spéciales doivent forcément être énoncées à l'intérieur d'un cadre bien défini, les règles générales, pour leur part, peuvent soit être énoncées dans une partie générale, soit être répétées pour chaque infraction à laquelle elles se rapportent. La règle «d'un an et un jour[35]», par exemple, selon laquelle nul ne commet un homicide coupable à moins que la mort ne survienne dans une période d'un an et un jour à compter du moment où l'acte illégal a été commis, est une règle spéciale qui ne s'applique qu'à l'homicide et qui, par conséquent, est à juste titre énoncée dans les dispositions relatives à l'homicide. La règle concernant la minorité[36], par contre, selon laquelle nul ne doit être déclaré coupable d'un acte qu'il a commis lorsqu'il était âgé de

moins de sept ans est une règle qui s'applique à toutes les infractions. Si cette règle n'était pas énoncée dans la partie générale, il faudrait alors la répéter dans chaque disposition qui crée une infraction.

C'est par la formulation de principes généraux et secondaires qu'on a pu systématiser le droit pénal. Comme Hall le fait remarquer, c'est Hale qui, grâce à son esprit de synthèse, fut le premier à organiser le droit pénal de façon systématique[37]. C'est ainsi que Hale et ses disciples ont su démontrer comment les différentes règles de droit, et surtout celles qui concernent les moyens de défense, sont étroitement liées et découlent toutes des mêmes principes fondamentaux. Ce sont donc ces principes qui forment la structure du droit pénal et déterminent l'agencement de ses composantes.

Enfin, Hall note que [TRADUCTION] «la théorie se préoccupe des notions fondamentales qui forment la base d'une science ou d'une science humaine[38]». Ainsi, la théorie permet d'ordonner, d'organiser et d'expliquer une quantité de données de sorte qu'elle devient un instrument utile de compréhension. La théorie peut jouer ce rôle aussi bien dans le domaine juridique que dans celui des sciences, en conférant au droit un caractère rationnel et cohérent. Elle permet ainsi aux juristes d'avoir une compréhension plus profonde des différentes règles qui font le droit et permet aussi aux tribunaux et aux avocats d'aborder avec assurance les domaines inconnus du droit et les questions que soulèvent les changements sociaux et la réforme du droit.

Ainsi, comme le dit Hall, la théorie du droit pénal [TRADUCTION] «fournit une série de concepts qui permettent de situer chaque disposition de nature pénale et ainsi de l'expliquer[39]». En effet, la théorie énonce les principes fondamentaux du droit pénal et en tire les différents corollaires que sont les moyens de défense comme la minorité, l'aliénation mentale, l'erreur, l'ignorance de fait, la nécessité, la contrainte physique et morale, l'automatisme, l'ivresse, etc. Notre droit pénal est en quelque sorte la conséquence de l'interaction des deux principes suivants: (1) les actes répréhensibles doivent

être punis et (2) l'imposition d'une peine doit dépendre de la faute personnelle. C'est au législateur qu'il appartient de rechercher un juste équilibre entre ces deux principes. Le théoricien doit, pour sa part, chercher à justifier cet équilibre.

Le contenu de la partie générale

Il est donc nécessaire de donner à la partie générale du droit pénal une structure tripartite selon les principes suivants. Tout d'abord, la partie générale doit énoncer les objectifs généraux du *Code criminel*. Ensuite, elle doit établir une série de principes fondamentaux qui serviront à orienter les dispositions du *Code* en fonction de ces objectifs généraux. Enfin, elle doit renfermer un certain nombre de règles de droit qui permettent l'application pratique de ces principes. Dans les paragraphes qui suivent, nous étudierons brièvement chacun de ces trois aspects.

Le chapitre consacré aux objectifs renfermerait non pas les objectifs du droit pénal, mais les objectifs du *Code criminel*. Pourquoi cette distinction? Tandis que le droit pénal vise notamment à favoriser la diminution de la criminalité et à affirmer certains idéaux, le *Code criminel* doit non seulement avoir pour objet de mettre en avant ces objectifs, mais doit également exprimer dans un langage accessible les valeurs fondamentales de notre société, établir les règles d'application du droit pénal et garantir le maintien des restrictions qui en limitent la portée[40].

En plus des objectifs, le *Code criminel* devrait énoncer des principes[41]. Il s'agit des principes directeurs en matière d'équité, de justice et de morale dont il faut tenir compte dans la réalisation des objectifs du *Code* et dans l'application de ses règles pratiques. Qu'ils soient ou non énoncés dans le *Code*, ces principes font bel et bien partie du droit pénal et constituent le fondement du raisonnement des juges en droit jurisprudentiel, même s'ils demeurent souvent sous-entendus. Toutefois, un code qui n'énoncerait pas ces principes ne serait qu'une simple énumération de règles, dénuée de structure, de raison ou de fondement moral.

Enfin, le *Code* doit comporter des règles. Contrairement aux principes qui sont de portée générale, de conception abstraite et sont énoncés en termes généraux, les règles ont une portée restreinte, un caractère concret et s'appliquent de façon précise à des cas particuliers. Les principes constituent le fondement des règles énoncées dans le *Code* tandis qu'en retour, ces dernières permettent d'appliquer les principes.

Bref, le *Code* devrait renfermer trois genres de dispositions: des objectifs pour lui donner une orientation générale, des principes pour lui offrir une certaine mesure de crédibilité et des règles pour le rendre pratique. La partie générale devrait donc avoir la structure suivante:

Chapitre I — Objectifs

Chapitre II — Application

A — Dans la législation pénale

— prépondérance du *Code*

— classification des infractions

— interprétation

B — Dans le temps — le principe de la légalité

C — Dans l'espace — la juridiction

Chapitre III — La responsabilité pénale

Introduction: Le principe de la responsabilité

Les règles qui régissent:

A — La conduite

B — La responsabilité

I — conditions

II — moyens de défense

a) exemptions

b) excuses

c) justifications

C — La responsabilité des personnes morales

Chapitre IV — La participation aux infractions et les infractions inchoatives

A — La participation aux infractions

B — L'incitation

C — La tentative

D — Le complot.

La partie générale au Canada: remplit-elle son rôle?

Dans quelle mesure la partie générale de notre droit pénal réussit-elle à remplir les fonctions que nous venons d'énumérer? Jusqu'à quel point permet-elle d'éviter la répétition des règles et des principes du droit pénal, et jusqu'à quel point contribue-t-elle à organiser le droit pénal de façon rationnelle et à lui fournir un cadre théorique?

1. Éviter la répétition

À première vue, il semble que notre partie générale remplit assez bien cette fonction. Les règles de portée générale qui sont prévues surtout dans la «Partie I — Dispositions générales» du *Code criminel* et dans le common law n'ont pas besoin d'être répétées pour chaque infraction. Cependant, après un examen plus approfondi, nous constatons que plusieurs règles sont éparpillées dans d'autres parties du *Code*. Il en résulte un certain degré de répétition et un manque de généralisation.

Prenons, à titre d'exemple, la notion de *mens rea*. Le common law affirme que le caractère répréhensible de la conduite constitue une condition essentielle de la responsabilité pénale[42]. La Partie I du *Code criminel* est pour ainsi dire muette sur ce point, sauf en ce qui concerne la minorité (articles 12 et 13), l'aliénation mentale (article 16) et l'ignorance de la loi (article 19). Dans les Parties II à X, au contraire, la définition des infractions laisse souvent sous-entendre l'intention coupable. Ainsi, retrouvons-nous des expressions comme «exerce des voies de fait», «vend», «frustre», «séduit» et «se

sert de mots indiquant». L'intention coupable est également souvent exprimée de façon expresse par l'emploi de mots comme «frauduleusement», «intentionnellement», «sciemment» et «volontairement». En fait, pas moins de deux cent cinquante des deux cent quatre-vingts articles du *Code* qui créent des infractions contiennent des mots qui expriment le *mens rea*. Par conséquent, on se rend facilement compte que le *Code* n'énonce sur cette question d'importance capitale aucun principe directeur mais une quantité de dispositions particulières.

Prenons un autre exemple, les moyens de défense d'application générale. Le common law a toujours reconnu l'existence de faits justificatifs et d'excuses qui permettent de se disculper[43]. Contrairement au *mens rea*, les moyens de défense sont prévus d'une manière spécifique dans la Partie I du *Code criminel*. Celle-ci renferme non seulement une disposition générale qui maintient en vigueur les moyens de défense de common law (paragraphe 7(3)), mais également certaines dispositions particulières qui touchent à l'ignorance de la loi (article 19), à la minorité (articles 12 et 13), à l'aliénation mentale (article 16), à l'application de la loi (articles 26 à 33 et article 37), à la discipline (articles 43 et 44), à la légitime défense (articles 34 et 35, articles 38 à 42) et à la contrainte physique et morale (articles 17 et 18). Toutefois, les Parties II à X, c'est-à-dire la partie spéciale, prévoient aussi ces moyens de défense dans le cas d'infractions spécifiques. L'erreur de fait (articles 254, 260, 267, 268 ainsi que les paragraphes 253(2) et 378(2)), l'erreur de droit (articles 254, 260, 267 et suivants, ainsi que les paragraphes 253(2) et 378(2)), la légitime défense (paragraphe 64(3)), la contrainte (article 150) et la nécessité (paragraphes 221(2) et 241(4)) sont quelques exemples. Le *Code* comporte donc également une quantité de dispositions particulières qui énoncent des moyens de défense d'application générale.

2. La systématisation du droit pénal et l'agencement de ses composantes

Notre partie générale ne semble pas non plus favoriser beaucoup la systématisation du droit pénal. On n'est pas encore parvenu à la mise en ordre des règles et des principes, à

l'établissement de rapports cohérents entre ces principes et les dispositions relatives aux infractions ni à la simplicité générale de l'ensemble. En effet, nous constatons que les règles sont éparpillées dans tout le *Code*, qu'il existe des difficultés sur le plan des rapports entre la partie générale et la partie spéciale ainsi qu'une multiplicité de règles aussi complexes qu'incomplètes.

Prenons le cas de la dissémination des règles de droit. Comme nous l'avons mentionné plus haut, la partie générale du *Code* est incomplète et l'on doit recourir au common law à titre supplétif. La notion de *mens rea*, par exemple, est énoncée principalement non pas dans le *Code* mais dans la jurisprudence; il est souvent difficile de déterminer en quoi consiste la notion, étant donné la tendance des tribunaux à se concentrer de façon pragmatique sur certaines questions précises. Depuis quelques années cependant, nos tribunaux ont commencé à abandonner cette méthode d'analyse fragmentaire et ont tenté, à l'aide de la doctrine, de simplifier les règles relatives au *mens rea* et d'élaborer un principe qui s'applique universellement. Cette nouvelle tendance s'est manifestée dans le jugement majoritaire rendu dans l'affaire *O'Grady v. Sparling*[44], où l'on a adopté le point de vue de Turner[45] selon qui la notion de *mens rea* ressortit à l'intention ou à l'insouciance, ainsi que dans la dissidence du juge Dickson (à laquelle ont souscrit le juge en chef Laskin et le juge Spence) dans l'affaire *Leary c. La Reine*[46], où le *mens rea* est défini de façon nette, claire et simple comme une expression d'application générale et où l'on fait la distinction entre intention et insouciance en opposant ces concepts et en les rendant applicables en principe à toute infraction qu'ils pourraient caractériser. Bien que ce genre de mise au point soit souhaitable, c'est dans la partie générale du *Code* qu'elle doit être faite si l'on veut que ce dernier soit complet.

Par ailleurs, des difficultés se posent au sujet des rapports entre la partie générale et la partie spéciale. C'est que des règles relatives à des moyens de défense d'application générale sont énoncées dans la partie générale tandis que la partie spéciale renferme des moyens de défense particuliers. En

outre, les infractions sont souvent définies dans cette dernière comme des actes perpétrés «sans excuse légitime ni justification». Ces expressions soulèvent une question qui n'est toujours pas résolue: renvoient-elles simplement aux moyens de défense d'application générale prévus dans la partie générale ou établissent-elles des excuses ou des justifications qui dépassent le cadre des moyens de défense d'application générale[47]? Il est absolument nécessaire de répondre à ces questions si l'on espère donner une certaine uniformité au *Code*.

En ce qui concerne la complexité des règles, il faut une fois de plus se reporter aux moyens de défense pour trouver des exemples qui illustrent ces difficultés. Premièrement, le *Code* renferme trois types de dispositions relatives aux moyens de défense: le paragraphe 7(3) qui maintient en vigueur les moyens de défense de common law, les moyens de défense d'application générale prévus dans les dispositions particulières de la Partie I et les moyens de défense particuliers prévus dans les Parties II à X. Deuxièmement, les dispositions relatives aux moyens de défense particuliers s'appliquent de deux façons différentes. En effet, certaines dispositions, comme celle qui a trait à la provocation (article 215), offrent des moyens de se disculper (totalement ou partiellement). D'autres dispositions, comme l'article 146 qui porte sur les rapports sexuels illicites, excluent certains moyens de défense. Troisièmement, plusieurs articles du *Code* comportent des expressions comme «sans excuse légitime», «sans justification légitime», «sans autorisation légitime», «sans motif raisonnable» ou «sans excuse raisonnable» et énoncent ainsi que certaines situations particulières pourraient justifier l'acte qui a été commis. Quatrièmement, il est difficile de comprendre parfaitement toutes ces dispositions si l'on ne s'en remet pas à la jurisprudence.

Toutefois, il peut arriver qu'on s'y perde même dans la jurisprudence. Prenons par exemple le cas du moyen de défense fondamental que constitue l'erreur de fait. Selon la définition traditionnelle, l'erreur de fait consiste dans «le fait de croire sincèrement et raisonnablement à une situation de fait qui, si elle correspondait à la réalité, rendrait l'acte non coupable». Sur ce point, la jurisprudence n'a pas encore répondu

à deux questions d'importance capitale à savoir: (1) la croyance doit-elle être non seulement sincère mais en plus raisonnable[48]? et (2) en quoi consiste une erreur innocente? D'une part, il ne peut simplement s'agir d'une erreur qui, selon les faits tels qu'ils sont perçus par l'accusé, le rendrait innocent de l'infraction précise dont il est accusé. Autrement, il faudrait acquitter une personne accusée d'avoir exercé des voies de fait contre la personne de *X* s'il a confondu *X* avec *Y*. D'autre part, on ne peut exiger que l'erreur soit telle qu'elle doive innocenter le prévenu de toute infraction quelle qu'elle soit. Si tel était le cas, la personne accusée de meurtre ne pourrait recourir à la défense d'erreur même dans les cas où elle a pris sa victime pour un animal.

3. La théorie et les principes fondamentaux

En ce qui concerne la théorie, l'état actuel de notre droit pénal n'est pas plus satisfaisant et ce, principalement pour des raisons historiques. Au début, l'intention du législateur n'était pas de faire de notre *Code criminel* un exposé complet de l'état du droit pénal. En effet, on était censé s'en remettre au common law pour combler les lacunes du *Code* et l'on devait régler les situations nouvelles en appliquant les règles et les principes du common law.

Comme nous l'avons souligné plus haut, la théorie du droit pénal vise à cerner les concepts élémentaires et les principes fondamentaux. Toutefois, nous constatons que ni la Partie I du *Code*, ni les règles et les principes généraux du droit pénal, peu importe l'endroit où ils sont exprimés, n'énoncent expressément les principes fondamentaux qui gouvernent notre partie générale. La Partie I ne renferme en réalité aucun principe mais contient une série de règles disparates.

Ainsi, la Partie I ne nous offre aucun cadre théorique. Au lieu de former un ensemble cohérent mettant au jour certains principes fondamentaux et établissant les règles et les principes secondaires qui touchent aux moyens de défense, notre *Code* ne donne qu'une liste de certains moyens de défense. Par conséquent, le lecteur n'a à sa disposition aucun guide qui puisse l'orienter.

Le principe de la responsabilité pénale

Le principe de la responsabilité pénale constitue sans aucun doute l'un des fils conducteurs de notre droit pénal. C'est dans ce principe que réside l'aspect moral du droit pénal qui se reflète dans les dispositions de la partie générale relatives à la responsabilité et aux moyens de défense. Dans quelle mesure, cependant, le principe de la responsabilité est-il un principe central de notre droit pénal? Dans quelle mesure devrait-il l'être? En fait, comment définir ce principe?

1. Le caractère central du principe — historique

Le fondement du principe de la responsabilité pénale est assez simple: nul n'est coupable d'une infraction criminelle à moins qu'une faute ne lui soit imputable, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute morale. Cependant, la moralité étant non seulement une question de comportement mais aussi de conscience, elle dépend nécessairement de l'état d'esprit de l'auteur de l'acte. Comme l'a dit le juge Stephen dans l'arrêt *R. v. Tolson*[49], [TRADUCTION] «la définition de chaque infraction, pour qu'elle soit complète, comporte une disposition expresse ou tacite relative à un état d'esprit». En common law, cela s'exprimait par la maxime, «*actus non facit reum nisi mens sit rea*[50]»: un acte ne rend pas une personne coupable à moins que son état d'esprit ne soit coupable. Bref, pas de culpabilité sans responsabilité morale.

Étymologiquement, le mot «responsable» signifie «qui doit répondre de ses actes»[51]. Par exemple, quand on dit qu'un ministre est responsable, cela signifie qu'il doit répondre des

actes et des décisions de son ministère. Ce dont les gens sont responsables avant tout (et ce dont ils doivent répondre), c'est de leur conduite. Toutefois, comme la façon dont ils réagissent n'est pas nécessairement satisfaisante, le mot «responsabilité» a tendance à prendre une connotation péjorative.

Cela ne veut pas dire que l'on soit responsable de tout. En droit pénal, comme en morale, la responsabilité est généralement restreinte de quatre façons. Une personne ne doit répondre que: (1) de ses propres actes, (2) des actes qu'elle avait l'intention de faire, (3) des actes qu'elle avait la capacité de faire de manière responsable et (4) des actes qui ne sont ni justifiables, ni excusables.

Du point de vue de la morale, on n'a à répondre que de ses propres actes. On n'est pas responsable des événements naturels, du fait d'autrui et des actes qu'on a commis involontairement. Si l'on est accusé d'avoir commis une faute quelconque, on peut se disculper en faisant la preuve qu'on n'a commis aucune faute, que c'est un tiers qui a fait l'acte ou qu'il ne s'agit pas d'un acte qu'on a fait, mais de quelque chose qui est arrivé sans qu'on le veuille.

Même si l'on a commis une faute, on n'a à répondre de cette faute, du point de vue de la morale, que si l'on avait l'intention de la commettre. Les fautes commises par erreur ou accidentellement n'entraînent habituellement aucune responsabilité.

Par ailleurs, bien que la plupart des gens doivent répondre de leurs actes, il existe certaines catégories de personnes pour qui ce n'est pas le cas. En effet, on considère que certaines personnes, les enfants en bas âge et les aliénés mentaux, par exemple, ne peuvent être considérées comme responsables de leurs actes car, sur le plan de la responsabilité et de la morale, elles sont incapables d'agir de manière responsable.

Enfin, il arrive que, en raison de circonstances spéciales, même une personne responsable n'engage pas sa responsabilité. Il est possible que l'acte soit justifié par la situation, ou

qu'il soit excusable parce qu'en toute justice, on ne pouvait demander à la personne d'agir autrement.

Ainsi, d'un point de vue strictement moral, la responsabilité d'une personne pour un acte dépend de son fait personnel, de son intention de le commettre, de sa capacité d'être responsable de ses actes et de l'existence d'une justification ou excuse. En termes juridiques, on dit qu'une personne est responsable si elle a commis un *actus reus* en ayant le *mens rea*.

En droit pénal, toutefois, le principe de la responsabilité n'a pas toujours été conçu de la même façon. Les auteurs ont souvent divisé son évolution historique grosso modo en quatre périodes[52]. Au cours de la période primitive, la loi se fonde sur des notions de vengeance et de dédommagement personnels. Pendant la deuxième période, l'ensemble de la communauté intervient et la responsabilité pénale est stricte. En effet, quiconque cause un préjudice est tenu responsable et cette responsabilité pénale est imputable même aux animaux[53]. Puis vient une autre période, plus éclairée, où l'on rattache le droit pénal à la morale. La responsabilité pénale s'appuie alors sur la notion de faute et les auteurs étudient la notion de *mens rea*[54]. Enfin, au cours de la quatrième période, le droit pénal s'écarte à nouveau de la morale. En effet, le Parlement adopte de plus en plus de mesures sociales et désormais, la responsabilité ne dépend plus nécessairement de la notion de faute[55].

Cette représentation de l'évolution historique est cependant trop simpliste. Par exemple, au cours de la période primitive, la morale n'a jamais vraiment cédé sa place, malgré le caractère rigoureux que revêtait le droit pénal. Après tout, la vengeance elle-même se rattache à la notion de faute. Comme l'a souligné Holmes:

> [TRADUCTION] L'idée de vengeance témoigne d'un sentiment de reproche et de l'opinion qu'un acte répréhensible a été commis, même si cette opinion est faussée par la colère. En réalité, il ne peut y avoir d'idée de vengeance qu'à l'égard d'un préjudice causé de manière intentionnelle. En effet, même un chien est en mesure de savoir si on lui a donné un coup de pied ou si l'on a simplement trébuché sur lui[56].

D'ailleurs, les anciennes lois normandes faisaient la distinction entre le préjudice causé accidentellement et le préjudice intentionnel. Selon Winfield, cela n'est pas surprenant:

> [TRADUCTION] Aujourd'hui comme autrefois, aucun être humain sain d'esprit n'a besoin d'une meilleure formation morale que celle que lui procure l'expérience pour constater que «*A* n'avait pas l'intention d'agir de cette façon» et de ce fait lui infliger une peine moins sévère ou même ne pas lui en infliger du tout. L'homme médiéval, au moins en cela, se distingue de la bête[57].

Il serait plus profitable d'aborder l'analyse de l'évolution historique du principe de la responsabilité en étudiant l'influence de quatre grands courants historiques: l'idée de vengeance, la préoccupation de la Couronne à l'égard de la criminalité, l'influence de l'Église et le positivisme.

L'idée de vengeance a eu sur le principe de la responsabilité pénale une influence majeure. [TRADUCTION] «Il est généralement reconnu», nous enseigne Holmes, «que les anciennes règles de procédure étaient inspirées par l'idée de vengeance[58]». Dans cette optique, les infractions criminelles et les poursuites sont des actes de guerre privée qui se déroulent dans un cadre dont l'ambiance s'apparente à celle de l'état de nature décrit par Hobbes[59]. De fait, le duel judiciaire introduit par Guillaume le Conquérant était en quelque sorte une version modifiée de la guerre privée; [TRADUCTION] «le duel judiciaire était . . . une guerre privée soumise à des règles[60]». On insiste ici sur le préjudice principal qui résulte d'une infraction criminelle (le tort causé à quelqu'un), sur le lien de causalité entre le malfaiteur et le mal qui a été commis, ainsi que sur le désir de la victime d'obtenir réparation. Le législateur n'a pas établi de distinction nette entre acte délictuel ou quasi délictuel et infraction, son but premier étant [TRADUCTION] «d'amener les adversaires à se réconcilier selon des conditions établies plutôt que de réprimer la criminalité par l'établissement d'un système de droit pénal au sens moderne du terme[61]». Aujourd'hui encore, c'est ce but qui est poursuivi avec les règles relatives à la restitution, la compensation pénale et les poursuites privées.

La préoccupation de la Couronne à l'égard de la criminalité a eu sur la responsabilité pénale une influence aussi

grande. Cette influence s'est manifestée par l'évolution du concept de l'atteinte à l'ordre public. Selon Stephen, [TRADUCTION] «à une époque où le risque de guerre était chose tout à fait naturelle, l'ordre public représentait un privilège extraordinaire[62]». Toutefois, le pouvoir royal ne cessant de s'accroître, la paix assurée par le roi s'étendit à tout le royaume[63]. On en vint ainsi à considérer les infractions criminelles comme des méfaits contre la paix, l'ordre et le bon gouvernement et à se préoccuper surtout du préjudice indirect[64] (la crainte et l'appréhension au sein de la société), et de la répression de la criminalité. Cette perception des infractions comme méfaits publics domine toujours la philosophie du common law car les poursuites sont intentées par la Couronne.

Un troisième grand courant réside dans l'influence de l'Église. Les notions de faute personnelle et de moralité issues d'Aristote et d'autres philosophes, des Saintes Écritures, des enseignements de l'Église et de la doctrine du droit naturel ont évidemment influencé la philosophie du droit[65]. On en est arrivé à considérer les infractions comme «des péchés définis par la loi[66]» et à insister sur les notions de péché, de conscience, de mal et de châtiment. Aujourd'hui encore, l'influence de l'Église se fait sentir dans plusieurs domaines: la distinction entre les crimes et les quasi-crimes[67], l'interdiction des actes contraires aux mœurs[68] ainsi que la notion de *mens rea*.

L'influence de l'Église a eu des répercussions non seulement sur la signification mais également sur l'imputation de la responsabilité. Le droit, qui tenait auparavant de la magie et de l'intuition, est ainsi devenu une question de raisonnement et de preuve. Les anciennes procédures comme le duel judiciaire, le témoignage justificateur et l'ordalie ne laissaient aucune place à l'enquête logique[69]. Toutefois, l'interdiction prononcée par l'Église contre la participation du clergé dans les procès par ordalie lors du quatrième concile du Latran en 1215 a entraîné la nécessité d'un nouveau type de procédure. C'est ainsi que l'Angleterre a choisi le procès devant jury[70]. Au début, le procès criminel était une procédure expéditive au cours de laquelle les jurés menaient leur propre enquête, où il était interdit aux accusés de porter témoignage, et où seules les

circonstances extérieures pouvaient entrer en ligne de compte pour déterminer la faute[71]. Avec le temps cependant, les changements apportés aux règles de procédure ont amené une conception plus rationnelle de la question des témoignages. On a commencé à permettre aux accusés de porter témoignage; les témoins devaient avoir une connaissance personnelle des faits qu'ils relataient et les jurés devaient fonder leur verdict sur la preuve qui leur était présentée[72].

Le quatrième grand courant qui a influencé le principe de la responsabilité pénale est le positivisme[73]. Cette école de pensée, qui considère que le droit, comme tout autre fait social, doit être étudié par la méthode d'observation scientifique des règles sanctionnées par le pouvoir et l'autorité publics, a eu des répercussions évidentes dans le droit pénal. À partir du moment où l'on considère que le droit représente simplement l'autorité du souverain, il n'a plus besoin de sanctionner la morale. Il devient alors possible de prévoir, en droit pénal, des infractions qui ne sont pas «des péchés définis par la loi» mais tout simplement des définitions légales. Dans cette optique, le *mens rea* ne comporte pas de notion de faute morale ou de mal mais est seulement constitué de l'élément psychologique prévu par la définition d'une infraction. Comme le souligne Stephen, il n'existe pas de *mens rea* unique, mais une quantité de *mentes reae* divers[74]. Ce point de vue a été renforcé par la prolifération d'infractions légales où sont prévus divers types d'éléments psychologiques propres à des dispositions particulières, rédigés en des termes descriptifs tels que «sciemment», «intentionnellement», etc. En effet, on a eu tendance à interpréter ces types de *mens rea* en se fondant uniquement sur les mots employés dans les dispositions en question, ce qui a eu pour effet d'obscurcir l'élément moral du *mens rea*.

Dans d'autres domaines, le *mens rea* a été complètement supprimé[75]. La législation réglementaire, qui a pour but d'assurer le bien-être public, a entraîné la création d'un grand nombre d'infractions qui n'étaient pas perçues comme des actes moralement répréhensibles mais tout simplement comme des contraventions à des interdictions légales pour lesquelles il n'est pas nécessaire de prouver l'existence du *mens rea*[76].

Ces quatre courants historiques ont tous contribué à préciser le principe de la responsabilité pénale. L'idée de vengeance a, dans une certaine mesure, servi de fondement au principe de l'imputabilité du blâme. La Couronne, lorsqu'elle devint préoccupée par la criminalité, a laissé aux tribunaux locaux le soin de juger les infractions mineures pour ne s'occuper que des crimes les plus répréhensibles. L'Église a fait ressortir les notions de morale, de conscience et de faute personnelle dans la perpétration des crimes, tous des concepts qui se rattachent encore aujourd'hui à la notion d'ignominie[77]. Le positivisme a produit l'exception qui confirme la règle. Les infractions réglementaires ont en effet écarté la doctrine du *mens rea* parce qu'elles n'ont jamais réellement fait partie du droit pénal[78]. Le principe de la responsabilité pénale a, de toute évidence, toujours été le pilier de notre droit pénal.

2. Justifications du caractère central du principe de la responsabilité

La notion de *mens rea* ne fait cependant pas l'unanimité. En effet, elle a été contestée par des criminologues, des psychiatres et des avocats. On peut diviser les objections en trois catégories. Certains fondent leur argument strictement sur le droit et prétendent que le principe de la responsabilité pénale est déjà souvent écarté au nom de la protection de la société. Selon un autre argument purement théorique, la responsabilité doit être envisagée de façon objective et l'on ne peut tenir compte de l'«équation personnelle» de chacun. D'autres se fondent sur les principes de la criminologie et prétendent qu'il faudrait oublier la question de la responsabilité et s'attacher plutôt à traiter les personnes qui constituent un danger pour la société[79].

Il est cependant possible de répondre à ces arguments d'une manière satisfaisante. Tout d'abord, la responsabilité stricte ne trouve pas sa justification en elle-même. Ensuite, la responsabilité objective entre en conflit avec les principes

ordinaires de morale et de justice. Enfin, si l'on insiste sur la notion de danger sans tenir compte de la responsabilité, on met en péril les idéaux de liberté et de justice sociale[80].

La réponse à ce problème se trouve dans les objectifs que le droit pénal devrait avoir. Deux objectifs feront sûrement l'unanimité. Premièrement, le droit pénal devrait chercher à réduire la fréquence de certains actes répréhensibles. En effet, peu importe la stratégie qu'il faut adopter (la dénonciation, la dissuasion ou la réforme), le seul objectif général du droit pénal qui puisse trouver une justification est sans aucun doute la diminution de la criminalité[81]. Deuxièmement, la réalisation de cet objectif doit demeurer assujettie à certaines contraintes car le droit pénal n'est pas une fin en soi mais plutôt un moyen de favoriser l'émergence d'une société où la qualité de vie est meilleure[82]. Nul doute qu'il faut dans une telle société chercher à mettre en valeur les idéaux de liberté, de justice et de dignité humaine. Par conséquent, la question fondamentale qui se pose est celle de décider quel genre de droit pénal répond le mieux à ces valeurs; un droit pénal fondé sur les notions de *mens rea* et de punition ou un droit pénal fondé sur les notions de dangerosité et de traitement.

Dans d'autres domaines[83], nous avons recommandé le maintien du principe de la responsabilité et ce, pour souligner trois valeurs: la liberté, la justice et la dignité de la personne humaine. D'abord, la notion de *mens rea* est une garantie de liberté. En effet, comme la loi exige le *mens rea*, l'individu sait qu'il ne court aucun danger tant qu'il ne contrevient pas à la loi délibérément. Il peut donc adapter sa conduite en conséquence. Ensuite, la notion de *mens rea* met en valeur l'idéal de justice. Historiquement, la justice a toujours été, dans une certaine mesure, un but de notre droit. La notion de justice donne pour fondement à la responsabilité la notion de faute et le *mens rea* assure le lien entre faute et responsabilité. Enfin, la notion de *mens rea* satisfait aux exigences de l'idéal d'humanité. L'existence du *mens rea* oblige en effet le droit pénal à traiter les gens comme des personnes, c'est-à-dire comme des êtres avec qui il est possible de raisonner et de qui on peut s'attendre qu'ils répondent de leurs actes[84].

Il faut cependant souligner en toute honnêteté que les adversaires de la notion de *mens rea* ne s'opposent pas au principe général de la responsabilité pénale. En fait, ceux-ci ne s'opposent qu'au maintien du principe dans la loi. Est-il possible que les individus ne puissent être traités comme des personnes qu'en dehors du cadre juridique? Trois éléments nous permettent d'en douter. Tout d'abord, un tel système de justice pénale est tellement incompatible avec notre droit pénal sous sa forme actuelle qu'il serait probablement impraticable. Ensuite, un système de droit qui ne protège plus les idéaux de liberté, d'humanité et de justice perd toute sa crédibilité. Enfin, on ne peut isoler la criminalité et le droit pénal de leur contexte, soit celui de la vie quotidienne en société et des rapports humains qu'elle comporte, avec les obligations qui en découlent.

On pourrait invoquer un autre argument qui se rapporte à la fonction du droit pénal. Nous avons vu que tous s'accordent pour dire que l'objectif général du droit pénal est la répression de la criminalité. Cependant, ses fonctions particulières, qui constituent les moyens qui permettent la réalisation de sa fonction générale, ne font pas l'unanimité. En effet, certains insistent sur le caractère préventif que devrait revêtir le droit pénal. D'autres insistent sur son caractère dissuasif ou encore sur la nécessité d'une réforme. Dans le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *Notre droit pénal*, nous étions d'avis que le rôle principal de notre droit pénal est de souligner les valeurs qui sont nécessaires ou importantes pour la société par l'interdiction des actions qui violent gravement ces valeurs. Toutefois, nous considérons la plupart du temps que des actions qui ont été commises involontairement ou par erreur ne violent pas ces valeurs avec une gravité telle qu'elles justifient une condamnation pénale. Une telle réprobation ne devrait s'appliquer qu'aux actions qui sont commises plus délibérément en contravention des valeurs de notre société et qui comportent une faute morale personnelle. Voilà pourquoi le principe de la responsabilité doit rester au centre de notre droit pénal.

3. La signification du principe et les difficultés qu'il soulève

Bien que la principale raison d'être du principe de la responsabilité soit claire et simple, l'analyse détaillée et l'application particulière qu'on en fait sont confuses. Tous s'accordent pour reconnaître que sa principale raison d'être est mieux exprimée par la proposition selon laquelle *il n'y a pas de responsabilité sans faute*. Cependant, son application par les tribunaux et son analyse en doctrine ont suscité de nombreuses contradictions. Cela est dû principalement à l'évolution du common law car les juges ont substitué à la force morale des principes le caractère obligatoire des précédents et des lois.

a) Des principes aux précédents puis aux lois

Le common law, qui au début était une application par les Cours royales des règles du bon sens n'était, selon le juge en chef Coke, [TRADUCTION] «rien d'autre que la raison[85]». Selon Blackstone, le common law était [TRADUCTION] «un merveilleux système de maximes et de coutumes orales[86]». En fait, il était essentiellement caractérisé par trois traits. Tout d'abord, le common law était un amalgame de maximes et de principes. Ensuite, il était issu des pratiques coutumières des tribunaux de l'époque. Enfin, les règles du common law ont été découvertes plutôt que créées. En effet, les juges, en dégageant le droit, n'ont fait que le façonner à partir de principes moraux dont l'existence et la légitimité étaient déjà reconnues.

Toutefois, moins de cent ans après la mort de Blackstone, le common law subit d'importantes transformations. D'un système de principes généraux qu'il était auparavant, il devint une série de règles d'application stricte. D'un système fondé sur les pratiques coutumières des tribunaux, il devint un système ordonné de précédents judiciaires. Enfin, d'un système de jugements déclaratoires, il devint un rassemblement de règles jurisprudentielles[87].

Plusieurs causes expliquent ces transformations du common law, dont le positivisme. Pour les positivistes comme

Austin, le droit se ramenait à des règles issues des actes de volonté des souverains[88]. Il eût été souhaitable que ces règles soient énoncées dans des lois du Parlement. Cependant, les règles étaient plus souvent édictées par les juges[89]. On considérait qu'en tant que mandataires de la Législature souveraine, ces juges étaient investis d'une autorité spéciale, que leurs décisions étaient obligatoires et que les précédents qu'ils créaient devaient être respectés conformément à la doctrine rigoureuse du *stare decisis*[90].

Une deuxième cause qui explique cette transformation du common law est le fait que l'unanimité des juges qui existait jadis au sujet des doctrines, des principes et des règles de droit n'a pu survivre à cause de l'augmentation considérable des activités judiciaires. Ainsi, à l'époque de Lord Mansfield, où seulement douze juges présidaient les tribunaux de common law, chaque juge connaissait intuitivement les opinions et les méthodes de ses collègues. Aujourd'hui, comme il y a au Canada environ trois cents juges de cours supérieures, il est impossible pour un juge d'avoir une aussi bonne connaissance des opinions de ses collègues. Ainsi, l'état du droit dépend plus de l'autorité que du consensus. Il en est résulté ce qu'on a qualifié [TRADUCTION] «d'effondrement d'un système abâtardi de droit coutumier[91]».

Une troisième explication est l'amélioration des recueils des décisions judiciaires[92]. À l'époque où la qualité des recueils de jurisprudence était plus ou moins bonne, comme c'était le cas jusqu'au milieu du XIX[e] siècle, les tribunaux se fiaient principalement à la mémoire, au bon sens et aux principes car il était impossible d'appliquer la jurisprudence d'une manière rigoureuse. Toutefois, grâce à la publication des recueils officiels de jurisprudence, la force du précédent, la jurisprudence et la doctrine ont pris un nouvel essor.

Enfin, une explication qui est également vraisemblable est le changement d'attitude des juges par rapport à leur auditoire. Au début, les juges s'adressaient principalement à des jurys composés de non-juristes qui, bien entendu, ne motivaient pas leurs verdicts. Plus tard, les procès devant juges seuls sont

devenus la règle et ces derniers motivaient leurs jugements parce qu'ils s'adressaient d'abord aux cours d'appel et tenaient à ce que leurs décisions résistent à l'examen rigoureux des juridictions supérieures. Les directives aux jurés qui faisaient appel à leur bon sens ont peu à peu été remplacées par des analyses juridiques dans lesquelles les juges insistaient sur la rectitude et les précédents[93].

Ainsi, le common law est devenu un rigoureux système de précédents. À l'époque de Blackstone, [TRADUCTION] «les précédents et les principes (devaient être) respectés sauf s'ils étaient carrément absurdes ou s'il en résultait une injustice[94]», mais les juges pouvaient toujours passer outre aux décisions antérieures qui allaient à l'encontre des principes bien reconnus. Plus tard, les juges ont eu tendance à respecter les précédents obligatoires peu importe le préjudice qu'une telle interprétation pouvait causer aux parties[95]. Le nouveau mot d'ordre était devenu *sit finis litium*[96], c'est-à-dire mieux vaut la certitude mêlée d'injustice que l'incertitude en quête de la justice.

Pendant ce temps, bien que les précédents ne se soient jamais complètement écartés des principes et bien qu'ils n'aient jamais été interprétés comme des lois, ils ont été remplacés de plus en plus par des lois[97]. Ce changement était dû à des raisons semblables à celles qui ont marqué les premières transformations du common law. En effet, le positivisme, l'activité judiciaire accrue et la croissance de l'industrialisation ont augmenté la nécessité de légiférer. L'intervention du Parlement était nécessaire pour réglementer l'industrie, pour améliorer les conditions sociales et pour préparer l'avènement de l'État-providence. Cependant, la façon dont les lois expriment le droit donne l'impression que le droit est une série de règles particulières et qu'il n'est pas fondé sur des principes.

Nous n'avons qu'à comparer la disposition du *Code criminel* relative à l'excuse de la croyance de bonne foi au sujet de l'infraction de bigamie avec l'interprétation que les tribunaux ont donnée à ce terme dans l'arrêt *R. v. Tolson*[98]. La bigamie est définie comme le fait, pour une personne mariée,

de passer par une formalité de mariage avec une autre personne. Cependant, qu'arrive-t-il lorsque le prévenu croit que son épouse est décédée et qu'il n'est plus marié? Le juge Stephen, rendant jugement dans l'affaire *Tolson*, a répondu à cette question en exposant le principe fondamental suivant:

> [TRADUCTION] Tout bien considéré, il me semble que le principe fondamental en cause se résume à ceci: la définition complète de chaque infraction suppose de manière expresse ou tacite un état d'esprit. Ainsi, s'il est prouvé que l'élément moral de n'importe quelle conduite au sujet de laquelle une accusation a été portée est absent dans un cas particulier, il n'y a pas eu perpétration de l'infraction qui est ainsi définie. De même, si une infraction comporte une définition complète, cette infraction n'a pu être perpétrée si telle ou telle conduite ne correspond pas à cette définition . . .
>
> Je crois que l'on devrait établir une règle générale selon laquelle un prévenu est présumé avoir agi dans des conditions qu'il croyait de bonne foi et pour des motifs raisonnables exister au moment où il a commis une action qui fait l'objet d'une accusation[20].

Le *Code criminel*, au contraire, traite cette question seulement par une disposition particulière qui n'a manifestement aucun rapport avec les principes fondamentaux. En effet, le paragraphe 254(2) est ainsi libellé:

> Nulle personne ne commet la bigamie en passant par une formalité de mariage,
>
> *a*) si elle croit de bonne foi, et pour des motifs raisonnables, que son conjoint est décédé; . . .

Une comparaison entre l'alinéa 254(2)*a*) du *Code* et l'arrêt *Tolson* nous permet de souligner la distinction qui existe entre les règles et les principes. Ainsi, les règles sont plus spécifiques que les principes. En effet, les propositions du *Code* sont manifestement plus étroites que celles de l'arrêt *Tolson*. Deuxièmement, les règles de droit sont plus arbitraires que les principes qui sont en soi plus évidents et qui font appel au bon sens. Troisièmement, les règles sont en quelque sorte une excroissance du droit tandis que les principes en forment l'essence d'où découlent les règles de droit. Bien que les règles énoncent le droit, les principes en donnent la raison d'être.

Par ailleurs, il existe une autre question qui se rattache à ces distinctions. Il s'agit du caractère du raisonnement judi-

ciaire. Comme le dit Guest, [TRADUCTION] «la plupart des gens soupçonnent que les avocats raisonnent d'une manière toute particulière[100]». Le juge en chef Coke avait en effet signalé au roi Jacques 1er que [TRADUCTION] «les causes . . . ne doivent pas être jugées suivant la raison naturelle mais selon la raison et le jugement artificiels de la loi[101]». Aussi a-t-on déjà prétendu que [TRADUCTION] «le droit ne s'est pas développé par la logique mais par l'expérience[102]», et que la logique pure n'a pas sa place en droit.

Toutefois, cette affirmation va trop loin. Le droit n'est pas et ne devrait pas être quelque chose d'illogique. Comme l'a dit Devlin, [TRADUCTION] «le common law tolère beaucoup d'illogisme surtout dans sa forme, mais aucun système de droit ne peut fonctionner s'il ne prend sa source dans la logique[103]».

Sous ce rapport, le mot «logique» se rattache souvent au raisonnement par déduction. Ce procédé de pensée permet de conclure d'une proposition à une autre, chaque étape étant une suite inévitable de la précédente. Ainsi, dans le syllogisme suivant:

«Tous les hommes sont mortels;
or Socrate est un homme;
donc Socrate est mortel.»

la conclusion résulte nécessairement des prémisses.

Cependant, en droit comme dans la vie quotidienne, nous abordons les questions avec une approche différente et plus pragmatique. Des propositions sont d'abord mises de l'avant, sont ensuite contredites par des objections puis finalement modifiées. Voici un exemple de ce genre de raisonnement:

> Quiconque, étant dans un état d'ébriété tel qu'il lui est impossible de former l'intention générale ou spécifique exigée pour une infraction, commet ladite infraction, n'a pas le *mens rea* et sera acquitté.
>
> Toutefois, cette personne constitue un danger pour la société et ne devrait pas s'en tirer à si bon compte.
>
> Donc, bien qu'il faille acquitter cette personne d'une infraction qui exige une intention spécifique, cette personne devrait néanmoins être condamnée pour des infractions qui n'exigent qu'une intention générale[104].

Dans ce raisonnement, la proposition du début est contredite, puis modifiée en conséquence.

Ainsi le raisonnement juridique prend habituellement la forme d'une affirmation suivie d'une réserve[105]. Il commence par un énoncé de règle générale suivi d'une objection pour aboutir à une règle accompagnée d'exceptions. Cela est tout à fait normal parce qu'en droit, aucune règle n'est en soi complète et chacune est énoncée en fonction de principes et de valeurs contradictoires. Par ailleurs, bien que la logique ne se préoccupe que de la justesse de la conclusion, en droit et dans la vie courante, on a besoin d'une conclusion qui soit acceptable.

Nous constatons cette préoccupation en droit pénal et particulièrement dans la partie générale. En effet, celle-ci constitue une *réponse* logique et une *restriction* aux dispositions relatives aux infractions. Bref, la partie générale est la réserve apportée aux préceptes du droit pénal. La culpabilité, la responsabilité, l'*actus reus* et le *mens rea* ont toujours été des concepts à caractère essentiellement réfutable[106]. Dans le cas du *mens rea*, par exemple, l'intention, la prévision des conséquences, etc. n'impliquent pas automatiquement l'existence du *mens rea*. Au contraire, c'est leur absence, c'est-à-dire la perpétration de délits par erreur, par ignorance, etc., qui exclut le *mens rea*.

Toutefois, plusieurs causes sont venues, dans une certaine mesure, compliquer les choses. Le droit, comme la morale, la philosophie et la religion, était plutôt perçu comme un résultat qu'un processus[107], plutôt comme un énoncé de certaines vérités qu'une recherche de la vérité. Pendant ce temps, la science, les mathématiques et la logique formelle avaient accompli tellement de progrès que leur procédé de pensée, soit la déduction[108], était considéré comme la méthode idéale qui faisait défaut dans les autres raisonnements non déductifs, y compris la morale et le raisonnement judiciaire. En effet, ceux-ci ne faisaient pas la distinction entre le «rationnel» et le «raisonnable».

Par conséquent, les tribunaux ont parfois eu tendance à préférer la logique aux considérations pratiques. Cela est particulièrement vrai de l'interprétation des lois. Dans l'affaire *Whiteley v. Chappell*[109], par exemple, le prévenu avait, lors d'élections, voté au nom d'une personne qui était décédée et était accusé de [TRADUCTION] «s'être fait passer pour une personne qui avait le droit de vote». Le prévenu fut acquitté au motif qu'une personne qui est décédée n'est pas une personne qui a le droit de vote. Certains prétendent que dans de tels cas, les tribunaux se concentrent indûment sur la lettre de la loi plutôt que sur l'esprit de la loi et sur l'intention du législateur. Ainsi, il semble que les tribunaux considèrent que le droit est exclusivement descriptif au lieu d'être en partie descriptif et en partie normatif.

b) Effet sur le principe de la responsabilité

La partie générale énonçait donc les réserves apportées aux préceptes du droit pénal. Établie en faveur du prévenu, à l'encontre de la partie spéciale, elle renfermait des justifications, des excuses ainsi que d'autres moyens de défense qui écartent la responsabilité pénale. Ces moyens de défense étaient d'application générale et suffisamment souples pour satisfaire aux exigences de la justice dans les cas limites parce qu'ils étaient énoncés sous la forme de principes généraux, fondés quant à eux sur le principe fondamental encore plus général selon lequel il n'y a «pas de culpabilité sans faute morale».

Toutefois, la situation a été modifiée par l'évolution que nous avons décrite plus haut. L'évolution du common law, qui est passé des principes aux précédents puis aux lois, a réduit notre compréhension de la nature et du fonctionnement de la partie générale. Le remplacement des principes par des règles équivaut à une substitution de la forme au contenu, de la rigueur à la souplesse et de la déduction simpliste aux affirmations suivies de réserves qui correspondent mieux aux concepts à caractère essentiellement réfutable, en particulier dans le cas de la notion de culpabilité.

Les notions de culpabilité, de blâme et de responsabilité pénale s'appuient après tout sur le bon sens en matière de

morale. Le bon sens nous oblige à procéder en deux étapes. Premièrement, il faut se demander si la personne a commis le délit qu'on lui reproche. Deuxièmement, dans certaines circonstances, l'on doit s'interroger sur l'existence d'un élément qui rend l'action commise anormale. La personne était-elle en mesure d'empêcher l'acte qu'elle a commis? A-t-elle perpétré le délit par erreur ou inadvertance? Souffrait-elle de quelque anomalie mentale?

Sur le plan juridique, nous aurions également posé deux questions. On aurait pu poser la question fondamentale, à savoir, le prévenu a-t-il commis l'acte reproché? Si ce dernier avait fait la preuve *prima facie* de l'existence d'une cause d'exonération, nous nous serions ensuite demandé si le prévenu avait agi par automatisme, par erreur, dans un état d'aliénation mentale, etc.

Cependant, tel n'est pas le cas. En effet, le droit pose en principe trois questions: (1) Le prévenu a-t-il commis un *actus reus*? (2) Avait-il, le cas échéant, le *mens rea* requis? (3) Avait-il, le cas échéant, une justification ou une excuse?

Cette façon d'aborder la question a soulevé de nombreuses difficultés dont la distinction fictive entre *actus reus* et *mens rea*, la question du rôle exact du caractère volontaire de l'acte, le problème de la description exacte d'un acte, l'ambiguïté de la dimension normative et négative du *mens rea* et la pertinence atténuée du principe de la légalité dans ce contexte.

(i) *La distinction entre* actus reus *et* mens rea

Depuis l'époque de Descartes et peut-être même avant celle-ci, les Occidentaux ont, en règle générale, perçu le corps et l'esprit comme deux éléments distincts plutôt que comme deux aspects d'un ensemble. C'est ainsi qu'en droit, nous faisons la distinction entre *actus reus* et *mens rea*.

Afin de mieux comprendre le caractère artificiel de cette distinction, prenons l'hypothèse suivante. Un policier tente de s'infiltrer parmi une bande de trafiquants de narcotiques. Les membres de la bande découvrent sa véritable identité et en

guise de représailles, lui administrent régulièrement des doses d'héroïne. Le policier devient un héroïnomane. N'étant plus capable de se défaire de sa toxicomanie, celui-ci vole une quantité d'héroïne dans un hôpital. La distinction entre *actus reus* et *mens rea* nous amène à poser les trois questions suivantes: (1) Y avait-il un *actus reus* ou est-ce que le vol de l'héroïne à l'hôpital a été commis involontairement? (2) Le policier a-t-il formé le *mens rea* nécessaire ou est-ce que sa toxicomanie involontaire écarte l'élément intentionnel du vol? (3) Si l'existence d'un *actus reus* et d'un *mens rea* ne fait pas de doute, le policier peut-il néanmoins soulever un autre moyen de défense comme l'intoxication involontaire? Certes, la façon la plus normale d'aborder ce problème serait de se demander si l'on doit blâmer le policier ou si une action comme celle-ci doit être punie. Au lieu d'une analyse successive de divers éléments, le bon sens commande un examen de la situation dans son ensemble.

Prenons l'exemple de l'affaire *R. v. Dadson*[110]. Le constable *D*, en tentant d'arrêter *P*, soupçonné d'avoir volé du bois, avait atteint ce dernier d'un coup de feu afin de l'empêcher de s'enfuir. Cet acte eût été légal si *P* avait eu deux condamnations antérieures à son dossier. En fait, *P* avait déjà été condamné à deux reprises mais *D* ignorait ce fait. *D* fut reconnu coupable au motif que les condamnations antérieures de *P* lui étant inconnues, *D* ne pouvait justifier les coups de feu. Sur ce point, certains théoriciens[111] prétendent que l'acte fait par *D* était légal si l'on fait abstraction de son état d'esprit, qu'«un mauvais mobile ou l'ignorance ne peuvent faire de cet acte un *actus reus*» et que par conséquent, *D* aurait dû être acquitté. Comme l'a souligné Jerome Hall[112], ce raisonnement néglige le chevauchement des concepts de l'*actus reus* et du *mens rea*. En effet, le droit d'arrêter un individu ne peut être exercé que s'il existe des motifs raisonnables et probables. Ainsi, l'acte de *D* trouve sa justification non seulement dans les condamnations antérieures de *P* mais également dans la connaissance de ces dernières par *D*. Selon Hall, [TRADUCTION] «aucun fait objectif n'est criminel en soi . . . il faut toujours tenir compte de l'élément moral[113]». Ainsi, on ne doit pas faire de distinction artificielle entre *actus reus* et *mens rea* mais plutôt les analyser comme un tout.

(ii) *Les actes involontaires*

En règle générale, les gens ne sont pas blâmés moralement ni légalement pour des faits indépendants de leur volonté. Comme le philosophe Kant, nous pouvons dire qu'en morale «devoir suppose pouvoir». En droit, nous disons *lex non cogit ad impossibilia*, c'est-à-dire, la loi n'oblige pas à des choses impossibles.

L'aspect particulier de la notion d'impossibilité qui nous intéresse ici est le type de conduite que nous ne pouvons éviter parce qu'il est involontaire. Une telle conduite peut être involontaire à cause de facteurs extérieurs ou intérieurs. Les actions involontaires qui sont causées par des facteurs extérieurs sont commises sous l'effet d'une contrainte physique. Hale[114] nous enseigne que [TRADUCTION] «si *A* prend le bras de *B* qui tient une arme dans sa main et poignarde *C*, *B* n'est pas coupable parce qu'il n'a commis aucun acte volontaire». Les actions involontaires qui sont causées par des facteurs intérieurs comprennent les délits qui sont commis pendant le sommeil, sous l'effet de l'hypnose, ou qui sont la conséquence de l'automatisme. Bref, ce que nous qualifions de comportement involontaire.

En droit pénal, ce deuxième type d'actes involontaires soulève des difficultés qui sont une conséquence du conflit entre les exigences de la morale et celles de l'intérêt de la société. Supposons que *D*, pendant un cauchemar, s'attaque à *P* et le tue. Moralement, *D* n'y pouvait rien et l'on ne devrait pas l'en blâmer ni lui infliger une peine. Toutefois, du point de vue social, *D* constitue un danger pour la sécurité du public et il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'un cas qui nécessite une enquête. Il y va peut-être même de l'intérêt de la société que *D* subisse des traitements ou soit interné[115]. Par conséquent, le droit offre deux solutions. D'une part, *D* est innocent puisqu'il n'y a pas eu d'*actus reus*. D'autre part, si son comportement est la conséquence d'une maladie, du point de vue du droit, le prévenu est un aliéné mental et doit subir une intervention médicale.

Ces conflits doctrinaux sont peut-être inévitables. La question de savoir si le caractère volontaire d'un acte devrait se

rattacher à l'*actus reus* ou au *mens rea* est encore plus factice. L'orthodoxie[116] penche du côté de l'*actus reus* parce que l'absence de volonté est un moyen de défense même pour les infractions qui n'exigent pas le *mens rea*. Toutefois, une certaine minorité[117] opte pour le *mens rea* car les actions involontaires sont des actes qui ne sont pas faits intentionnellement. Ce genre de difficulté, qui est une conséquence de la distinction entre *actus reus* et *mens rea*, est toutefois inutile et n'a aucun rapport avec le véritable dilemme que nous avons mentionné plus haut.

(iii) *La description d'un acte*

En droit pénal, certaines actions précises constituent des infractions. À titre exceptionnel, certaines omissions sont également interdites[118]. Aux termes de l'article 50 du *Code criminel*, quiconque, sachant qu'une personne est sur le point de commettre une trahison, ne tente pas de l'en empêcher, commet une infraction. Selon l'article 197, toute personne est légalement tenue de fournir les choses nécessaires à l'existence de son conjoint et de ses enfants. Aux termes de l'article 199, quiconque entreprend d'accomplir un acte est légalement tenu de l'accomplir si une omission de le faire peut mettre la vie humaine en danger. Bien entendu, un homicide peut également être commis par omission.

La plupart des infractions criminelles sont toutefois des actions. Le vol consiste essentiellement à s'emparer du bien d'autrui, et non à omettre de le lui rendre. En effet, je n'ai pas un devoir légal de vous rendre les biens que vous avez perdus mais la loi m'oblige à m'en dessaisir. La fraude est essentiellement une tromperie et non pas une omission d'informer autrui. Ainsi, je ne suis aucunement tenu de redresser les fausses idées que vous vous êtes faites sur un sujet quelconque. Les voies de fait sont un acte de violence et non une omission de protéger quelqu'un contre celles-ci. Je ne dois pas, de propos délibéré, vous faire un croc-en-jambe, mais je ne suis nullement tenu de vous empêcher de faire un faux pas.

Cependant, quand une conduite est-elle une omission, et quand est-elle une action? Dans l'affaire *Fagan v. Metropolitan*

Commissioner[119], *P*, un policier, avait sommé *D* de garer sa voiture plus près de la bordure du trottoir. Ce faisant, *D* avait accidentellement immobilisé sa voiture sur l'orteil de *P*. Par suite des récriminations de *P*, *D* coupa l'allumage et refusa de bouger. Accusé de voies de fait, *D* prétendit qu'il n'y avait pas eu dans ce cas d'*actus reus*. En effet, au moment où la force avait été appliquée, il n'avait pas agi intentionnellement. Par ailleurs, lorsqu'il avait formé l'intention, il n'avait fait aucun acte à part son refus de déplacer sa voiture. La cour d'appel fut divisée sur cette question. Deux juges l'ont déclaré coupable parce que selon eux, le fait de ne pas déplacer la voiture qui était immobilisée sur l'orteil du policier constituait un *actus reus*. L'autre juge aurait prononcé l'acquittement parce que l'emploi de la force n'était pas intentionnel et parce que le refus intentionnel de *D* de déplacer sa voiture constituait seulement une omission.

On ne peut résoudre ce genre de difficulté en cherchant la description définitive de l'acte commis par *D*. Malheureusement, les actes ne sont pas prédéfinis. «Un acte ne connaît pas de frontières naturelles.» Ainsi, la description d'un acte dépend finalement du contexte dans lequel il a été commis et de l'orientation du droit pénal. Les théoriciens du droit ont parfois cherché des solutions à de tels problèmes en proposant des définitions formelles du mot «acte» et ont ainsi contribué à rendre plus complexe l'étude de la notion d'*actus reus*. Toutefois, nous considérons que la meilleure façon d'aborder ce genre de difficulté est de déterminer si la conduite de *D*, dans son contexte global, équivaut à une omission pure et simple et ne doit donc pas être frappée d'une peine ou si elle équivaut à l'accomplissement d'un acte et doit être considérée comme des voies de fait.

La description correcte de l'intention d'un individu soulève des difficultés analogues. Prenons le cas de l'infraction que constitue le fait d'entraver un agent de la paix dans l'exécution de son devoir (article 118 du *Code*). Dans cette infraction, le *mens rea* est l'intention de commettre ce délit frappé d'interdiction légale. Quel est précisément l'acte interdit par la loi? S'agit-il ici du fait d'entraver quelqu'un qui, à votre insu

ou non, est un agent de la paix dans l'exécution de son devoir? S'agit-il plutôt du fait d'entraver un agent de la paix dans l'exécution de son devoir, c'est-à-dire du cas où le prévenu sait qu'il entrave un agent de la paix qui agit dans l'exécution de son devoir? Si la réponse à la première question est affirmative, l'intention ne se rattache qu'au fait d'entraver. Si au contraire, nous retenons la deuxième hypothèse, l'intention se rattache également au statut de la victime et à la fonction qu'elle exerce. La difficulté vient du fait que les mots employés dans cette disposition sont équivoques.

Prenons l'hypothèse suivante. *D* décide de détruire un avion afin de toucher les indemnités prévues par sa police d'assurance. Il place une bombe qui doit éclater pendant le vol. Le coup réussit et l'explosion tue l'équipage à bord. Dans cet exemple, peut-on dire que l'acte fait par *D* est la pose d'une bombe dans l'avion, que son intention véritable était de détruire l'appareil et que la mort était une conséquence involontaire même si elle était prévisible? Doit-on plutôt conclure que l'acte de *D* a été la destruction de l'appareil, que son intention était de toucher une somme d'argent et que l'intention de causer la mort n'était qu'indirecte? Peut-on enfin prétendre que l'acte perpétré par *D* était le fait de toucher une indemnité d'assurance en faisant exploser l'avion et son équipage pendant un vol?

Il n'existe aucune solution évidente qui puisse résoudre ces difficultés. Chacune de ces trois descriptions est acceptable et bien que certaines solutions soient meilleures que d'autres, aucune parmi celles-ci n'est la seule qui soit correcte. Afin de déterminer laquelle est la meilleure, il faut tenir compte de divers éléments dont le but, les valeurs et les préoccupations du droit pénal. Ainsi, la réponse qui sera retenue par le droit pénal va dépendre du sens des mots employés dans la disposition du *Code* qui se rapporte à l'infraction, des principes ordinaires d'interprétation et des orientations générales qui sous-tendent le droit pénal plutôt que d'une analyse encore plus compliquée de l'*actus reus* et du *mens rea*.

(iv) *Le* mens rea *comme norme*

Bien que le principe de la responsabilité pénale souligne l'aspect subjectif de la culpabilité à la manière des expressions qui étaient jadis utilisées en common law telles que «intention délictueuse», «esprit pervers», «volonté malveillante» et «intention coupable», la notion de culpabilité ne doit pas nécessairement être tout à fait subjective. D'abord, la loi établit des normes objectives de sorte qu'une personne peut être coupable même sans en avoir l'impression ou sans le croire. De plus, étant donné que l'intention coupable doit être déduite à partir d'éléments extérieurs, il est possible que le véritable état d'esprit d'un prévenu soit différent de celui qu'on lui impute.

Premièrement, comme nous pouvons le constater en examinant les dispositions relatives aux mobiles et à l'ignorance de la loi, le droit pénal impose des normes objectives auxquelles tous doivent se conformer. En règle générale, le mobile n'a aucun rapport avec la notion de culpabilité[120]. Si le droit pénal interdit la perpétration d'un délit, quiconque le commet engage par conséquent sa responsabilité pénale (à moins qu'il ne se trouve dans un des cas d'exception), tout louable que soit son mobile. Ainsi, celui qui commet un vol est coupable d'une infraction criminelle peu importe son mobile. La loi se préoccupe du vol et non des raisons pour lesquelles il a été perpétré. Les normes du droit pénal ne sont pas celles des prévenus mais celles de l'ensemble de la société. Ainsi, en règle générale, l'ignorance de la loi n'est pas une excuse[121]. Puisque les normes du droit pénal sont celles de l'ensemble de la société, les individus qui en font partie sont présumés les connaître et sont tenus de s'y conformer. Tous reconnaissent que le meurtre, le vol qualifié, le vol simple ainsi que d'autres actes criminels qui, manifestement, violent les normes de la société, sont interdits, que l'on connaisse ou non les dispositions spécifiques du *Code criminel*.

En même temps, la culpabilité pénale n'est jamais complètement objective. Bien que les mobiles, la moralité et les croyances personnelles d'un prévenu n'aient aucun rapport avec la notion de culpabilité, son état d'esprit est toujours pertinent. Le droit pénal comme la morale s'intéresse non

seulement aux faits mais également aux actes des personnes. Le meurtre, le vol qualifié et le vol simple sont des actes perpétrés par des personnes qui avaient l'intention de tuer et de commettre un vol. Par conséquent, dans tout procès pénal, la connaissance de l'intention véritable du prévenu revêt une importance capitale. C'est dans cette mesure que la responsabilité pénale demeure subjective.

En fait, l'objectivité et la subjectivité sont habituellement deux aspects de la même réalité. La culpabilité morale et la culpabilité légale vont de pair. En effet, les meurtriers et les voleurs ont non seulement l'intention de tuer et de commettre des vols mais ils savent également souvent qu'ils ne devraient pas perpétrer ces délits. Il n'y a de contradiction entre les deux façons de voir que dans les cas rares et marginaux où la croyance religieuse ou l'objection de conscience entrent en conflit avec le droit pénal. Ainsi, normalement, la nécessité d'interpréter la culpabilité de façon subjective ne fait pas obstacle à l'objectivité des normes du droit pénal. Comme le dit Hall, [TRADUCTION] «l'importance qu'on attribue au caractère personnel de la culpabilité doit être interprétée comme une affirmation de la très grande valeur de l'objectivité de la notion de *mens rea*[122]».

Deuxièmement, il est inévitable que le *mens rea* doive être établi par déduction à partir d'éléments extérieurs. Sur ce point, notre droit repose sur le bon sens et sur la présomption que fondamentalement, tous les hommes sont mentalement égaux. Selon Hale[123], [TRADUCTION] «les hommes ont deux grandes facultés: l'intelligence et le libre arbitre. La volonté, qui suppose l'intelligence, est ce qui rend l'action humaine louable ou condamnable.» Comme cette présomption est réfutable par une preuve démontrant que le prévenu est incapable de former le *mens rea* requis à cause de son bas âge ou de son aliénation mentale et ne peut donc être assujetti au droit pénal, l'individu normal est par conséquent tenu responsable de ses actions. C'est ainsi que nous sommes habituellement en mesure de déduire l'intention à partir de circonstances extérieures[124].

Autrefois, les tribunaux ne se souciaient guère de l'intention véritable du prévenu. Leur principale préoccupation était en

effet l'acte duquel ils pouvaient conclure à l'existence d'une «intention criminelle». Plus l'acte était préjudiciable, plus la présomption de malveillance était forte. L'auteur d'un délit était présumé l'avoir commis avec une intention criminelle à moins que les circonstances entourant le délit ainsi que le délit lui-même n'aient indiqué qu'un cas fortuit, une erreur, l'aliénation mentale, etc. pouvait l'excuser[125].

Cette situation a changé avec le temps. La création d'infractions par les lois (*mala prohibita*) a fait du *mens rea* un concept artificiel. En effet, il était devenu difficile de conclure que des actions qui n'étaient pas en soi malveillantes constituaient des délits. Les tribunaux avaient donc un choix à faire. Ils pouvaient restreindre la notion de *mens rea* à un simple état d'esprit ou l'abandonner purement et simplement. Ils ont adopté les deux points de vue. D'une part, ils se sont empressés d'interpréter les dispositions législatives comme si celles-ci écartaient implicitement le *mens rea* et créaient des infractions de responsabilité stricte[126]. D'autre part, ils ont commencé à considérer le *mens rea* comme une notion qui est dénuée de toute signification morale, et qui se rapporte seulement à l'intention, à l'insouciance et à la connaissance du prévenu[127].

(v) *Le* mens rea: *son caractère essentiellement réfutable*

Depuis quelques années, des auteurs comme H. L. A. Hart et Brett ont insisté sur le caractère essentiellement réfutable de la notion de *mens rea*[128]. Ceux-ci nous renvoient à Hale qui a résumé le principe de la responsabilité pénale en common law de la façon suivante:

> [TRADUCTION] Les principes généraux ou les règles de droit ont une extension trop large et sont trop imprécis. Ils ne peuvent donc pas être appliqués, dans toute leur acception, de manière certaine à toutes les poursuites civiles. C'est pourquoi les États et les législateurs ont toujours, dans leur grande sagesse, prescrit les limites de ces principes généraux et établi quelles personnes et quelles actions échappaient . . . au droit pénal parce que ces personnes étaient frappées d'incapacité ou n'avaient pu exercer de volonté[129].

Autrement dit, les principes rationalisent la responsabilité mais seules les règles édictées par le législateur peuvent la rendre applicable.

Ces règles servent à restreindre les principes généraux du droit pénal. Elles exonèrent certaines catégories de personnes et d'actions de la responsabilité pénale. Par conséquent, la méthode dont s'est traditionnellement servi le common law pour aborder le principe de la responsabilité pénale est essentiellement négative, se bornant davantage à la description de ce que la responsabilité n'est pas qu'à l'analyse de ce qu'elle est. À la manière de Hale[130] pour qui les moyens de défense étaient «soit des incapacités soit des défauts», notre *Code criminel* ne renferme aucune définition de la responsabilité pénale mais énonce des moyens de défense comme l'aliénation mentale, la légitime défense, la contrainte morale, etc. De même, comme on peut le constater de façon très évidente, dans le cas de l'erreur de fait, les tribunaux disent plus souvent ce que signifie l'absence de *mens rea* que ce que désigne la notion de *mens rea* elle-même[131]. Bref, pour le common law, c'est après avoir défini les excuses et les justifications qu'on peut déterminer la responsabilité[132].

Cependant, au cours du siècle dernier, des auteurs comme Holmes, Salmond et d'autres[133] ont élaboré une approche positive. Ils ont en effet cherché à concilier le bon sens et la connaissance scientifique en analysant les éléments des infractions: l'acte et la conduite, le mobile et l'intention, les circonstances et les conséquences. Au lieu d'établir simplement les différents *mentes reae* de chaque infraction, ils ont tenté de formuler une définition générale qui se résumait à la prévision des conséquences[134].

Cette analyse fut certainement éclairante, mais elle comportait des lacunes. Premièrement, elle accordait trop d'importance à la distinction entre *actus reus* et *mens rea* dont nous avons discuté plus haut. Deuxièmement, elle définissait le *mens rea* d'une manière trop positive, comme s'il fallait, dans le cas du meurtre par exemple, se poser la question suivante: «*D* a-t-il agi volontairement quand il a tué *V* et avait-il l'intention de causer la mort?» alors que la question dictée par le bon sens serait: «Dans les faits, y avait-il une circonstance extraordinaire qui puisse faire rejeter l'accusation de meurtre comme par exemple, *D* ne savait-il pas que le fusil était chargé?». Troisiè-

mement, cette méthode d'analyse tendait à faire de la question de la responsabilité une question de fait dénuée de tout aspect normatif ou moral[135].

Ces deux façons d'aborder le *mens rea*, soit l'approche positive et l'approche négative, se côtoient aujourd'hui dans notre droit. À titre d'exemple, prenons l'arrêt *La Reine c. King*[136]. Dans cette affaire, un dentiste avait donné une injection de penthotal à *K* et l'avait averti de ne pas conduire jusqu'à ce que les effets de la drogue aient disparu. Malgré cet avertissement, *K* se servit de sa voiture et fut accusé d'avoir conduit pendant que ses facultés étaient affaiblies. Ce dernier souleva en défense l'absence de responsabilité vu son état physique. Le tribunal de première instance rejeta ce moyen de défense au motif que l'infraction en question est un cas de responsabilité stricte qui n'exige pas le *mens rea*. La condamnation de *K* fut cassée en Cour d'appel et la Couronne interjeta appel de cette décision devant la Cour suprême du Canada. Le juge Taschereau fit sienne l'approche positive et, se servant de la dichotomie *actus reus-mens rea*, jugea que l'*actus reus* était la conduite du véhicule, que *K* était dans un état inconscient au moment où il conduisait et que par conséquent, il y avait absence d'*actus reus*. Le juge Ritchie, parlant au nom de la majorité, adopta l'approche négative, plus inspirée du bon sens, et décida que le tribunal devait vérifier l'ensemble des circonstances, y compris l'administration de la drogue au prévenu, l'avertissement du dentiste et la conduite elle-même. Le juge détermina ensuite la responsabilité de *K* en appliquant le moyen de défense de common law de l'intoxication involontaire. Bien que ces deux approches aient finalement tourné autour de la même question (soit l'appréciation par *K* de l'effet de la drogue) et qu'elles aient abouti à la même conclusion (l'acquittement de *K*), l'approche négative est sans doute celle qui se rapproche le plus des règles du bon sens.

(vi) *La spécificité du droit pénal et le principe de la légalité*

Notre droit pénal ne s'intéresse pas à la criminalité de façon globale. En effet, un individu ne peut être inculpé que

d'une infraction spécifique. Il s'agit là d'un corollaire direct du principe de la légalité.

Il serait plus simple de dire que le principe de la légalité exige un «gouvernement mû par des lois et non par des hommes». Les ministres, les hauts fonctionnaires et les fonctionnaires subalternes ne doivent pas jouir d'une pleine liberté d'agir à leur guise. En effet, ils doivent être assujettis à l'autorité et leurs pouvoirs doivent être définis et restreints par la loi. L'individu ne doit pas être à la merci de son gouvernement. Il doit plutôt être en mesure de prévoir une intervention de l'État dans sa vie et de se conduire de manière à éviter une telle intervention. Pour ce faire, l'individu doit connaître les conditions qui justifient cette intervention et ces conditions doivent être énoncées expressément.

Cette doctrine est très ancienne. Dès le XIII[e] siècle, Bracton affirmait que le roi était «soumis à Dieu et à la loi[137]». Quatre siècles plus tard, Coke s'inspirait principalement de cette affirmation pour s'opposer à Jacques 1[er][138]. Par la suite, tout le monde a finalement accepté que, comme l'a dit Dicey[139], personne n'encourt une peine à moins d'avoir violé une disposition spécifique de la loi et que tous sont égaux devant la loi. Au Canada, l'existence du principe de la légalité est reconnue en théorie dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui exprime l'intention de créer une constitution «reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni[140]». Dans les faits, le principe de la légalité a été appliqué dans les causes célèbres des années 50 qui mettaient en cause des libertés individuelles[141].

En droit pénal, cette doctrine affirme le principe selon lequel personne ne devrait être condamné à moins d'avoir violé des dispositions législatives qui existent déjà, et selon lequel donc les législateurs ne devraient pas créer des infractions avec un effet rétroactif. Conformément à ce principe, la Cour suprême du Canada a dit, dans l'affaire *Frey c. Fedoruk*[142] en 1950, que [TRADUCTION] «si l'on doit qualifier de criminelle n'importe quelle conduite qui n'a pas été jusqu'ici considérée comme telle, cette déclaration doit être faite par le Parlement

et non par les tribunaux». Conformément au même principe, le *Code criminel* refondu de 1955 portait à l'article 8 que «nul ne peut être déclaré coupable *a*) d'une infraction en common law». Ainsi, au Canada, seul le Parlement peut créer de nouvelles infractions.

Le principe de la légalité a donc une portée double. Au premier chef, il s'applique manifestement à l'ordre exécutif, qui comprend les ministres, les fonctionnaires et les autres directeurs dont les pouvoirs doivent être restreints dans les limites de l'autorité. Il s'applique de manière moins manifeste mais tout aussi importante, quant à nous, au pouvoir judiciaire. Si les tribunaux doivent être cohérents et juger de la même façon les causes qui se ressemblent et d'une façon distincte les causes qui diffèrent, et s'ils doivent éviter de rendre des jugements arbitraires en fonction de préférences personnelles, ils devront être légalement tenus d'appliquer des règles qui revêtent un caractère de permanence et de cohérence.

Toutefois, bien que la partie spéciale du droit pénal doive être spécifique, la partie générale peut être plus large. En effet, tandis qu'une définition relativement précise et détaillée des infractions est nécessaire pour éviter toute oppression arbitraire, l'impartialité et la justice nécessitent pour leur part une marge suffisamment grande pour tenir compte de toutes les circonstances permettant de se disculper. Il est impossible de classer d'avance ces circonstances d'une manière certaine car on ne peut prévoir toutes les excuses qui seront jugées acceptables au moment où elles seront soulevées. Voilà pourquoi on dit que le *mens rea* est un concept à caractère essentiellement réfutable et que les accusations peuvent toujours être réfutées en admettant un acte mais en le justifiant. Le rôle de la partie générale est de permettre de telles réfutations.

Nous n'avons pas fait un examen exhaustif du droit de la responsabilité pénale. Nous n'avons fait qu'examiner certaines difficultés qui illustrent le fonctionnement des principales règles concernant l'*actus reus*, le *mens rea* et les moyens de défense généraux et qui soulignent la tendance du droit pénal au formalisme, à l'utilisation exagérée des concepts et au déphasage par rapport à la réalité.

Conclusion

Le fil conducteur de la présente étude a été le suivant. Premièrement, l'histoire a dressé une barrière entre la théorie et la pratique du droit pénal. Par conséquent, juges et auteurs n'ont pas toujours été sur la même longueur d'ondes. Les auteurs ont eu tendance à se concentrer davantage sur une analyse conceptuelle des termes fondée sur une exégèse raffinée des lois et des précédents. Pour leur part, les juges ont eu tendance à adopter une approche plus pratique et à recourir au bon sens. Pour les théoriciens du haut de leurs chaires, les juges étaient souvent des parents pauvres, incapables de faire face à la merveilleuse complexité du droit pénal. Les juges, sur le banc, ont souvent traité les théoriciens comme une race qui, du haut de sa tour d'ivoire, vit complètement en dehors de la réalité.

Deuxièmement, l'existence de cette barrière entre théorie et pratique est doublement regrettable. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, la théorie du droit pénal peut retirer beaucoup des leçons de la pratique et vice versa. Les théoriciens du droit pénal ne doivent pas oublier que le droit pénal est d'abord un droit populaire. C'est un domaine du droit très pratique et réaliste qui s'inspire du bon sens. Pourtant, les praticiens du droit pénal doivent reconnaître que le droit pénal n'est pas seulement un catalogue de règles et de décisions particulières mais une branche du droit tributaire de principes moraux.

Certes, le moment est venu de rapprocher la théorie et la pratique afin que tous soient mieux en mesure de reconnaître le véritable caractère du droit pénal, c'est-à-dire l'interdiction fondée sur des principes moraux de toute infraction à la loi. Ce caractère doit se refléter partout dans notre *Code criminel* et surtout dans sa partie générale.

Pour que ce caractère se reflète dans notre partie générale, il faut faire en sorte que celle-ci puisse remplir la fonction qui lui est dévolue dans le droit pénal. Cette fonction, rappelons-le, consiste à éviter la répétition, à ordonner et à systématiser le droit et à énoncer le principe fondamental qui régit la responsabilité et qui est à la base du droit pénal.

Malheureusement, notre partie générale n'accomplit aucune de ces fonctions de manière adéquate. En effet, notre partie générale ne réussit manifestement pas à empêcher la répétition. De nombreuses règles générales du droit pénal sont disséminées dans tout le *Code*, d'où la répétition et le manque de généralité. Cela est vrai autant pour le *mens rea* que pour les moyens de défense généraux.

Pour ce qui est d'ordonner et de systématiser le droit pénal, notre partie générale ne réussit pas mieux. À cause de l'éparpillement des règles générales dans la partie générale du *Code*, dans les dispositions qui définissent les infractions et dans le common law, notre partie générale manque d'unité et de simplicité et est incomplète. Nous n'avons qu'à penser aux règles relatives au *mens rea* qui ont, dans une large mesure, été laissées au common law, ainsi que les moyens de défense généraux qui n'ont pas encore été incorporés dans le *Code*.

Enfin, notre partie générale présente des lacunes sérieuses lorsqu'il s'agit d'exposer les fondements théoriques du droit pénal. Des raisons historiques surtout expliquent ces lacunes. Notre *Code criminel* ne renferme aucune disposition qui énonce son principe fondamental, soit le principe de la responsabilité pénale. Par ailleurs, ce principe, qui est laissé à l'interprétation du common law, est devenu indûment complexe, a posé de nombreuses difficultés et a perdu la signification morale fondamentale qu'il avait au départ.

Afin de lui redonner cette signification, il faut repenser notre partie générale. Il faut éviter les formules trop subtiles. On doit employer des termes que les juges pourront utiliser dans leurs directives aux jurés. Il faut utiliser ces termes pour codifier les règles qui existent déjà dans le *Code* ou qui ont été

énoncées dans la jurisprudence, et formuler ces règles de manière à mettre au jour les principes fondamentaux qui les sous-tendent. La partie générale doit surtout mettre en lumière le principe essentiel sur quoi repose toute la partie générale et qui fait l'objet de la présente étude, soit le principe de la responsabilité.

Renvois de l'annexe «E»: Le rôle de la partie générale

1. *Proprietary Articles Trade Association v. The Attorney General of Canada*, [1931] A.C. 310, à la p. 324 (C.J.C.P.).

2. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965) 27.

3. Dans son ouvrage *A General View of the Criminal Law of England* publié en 1863, Sir James Fitzjames Stephen (1829-1894) a, pour la première fois depuis Blackstone, tenté de faire un exposé systématique des principes de la jurisprudence pénale. Son ouvrage subséquent, *A Digest of the Criminal Law* publié en 1877 était un essai de codification du droit pénal. Au cours de la même année, Stephen rédigea un projet intitulé *Indictable Offences* qui était en fait un code pénal. Son dernier ouvrage, *History of the Criminal Law of England*, fut publié en 1883.

4. 2 Stephen, *History of the Criminal Law* (1883) 76.

5. En règle générale, le droit pénal est divisé en deux parties: les règles de fond et la procédure. Les règles de fond se subdivisent elles-mêmes en deux parties: la partie générale et la partie spéciale. Notre *Code criminel* contient une partie spéciale où sont définies les infractions comme le viol, le vol, etc., et une partie générale dans laquelle sont édictées des règles applicables à l'ensemble du *Code*.

   La partie spéciale du *Code* ne renferme pas toutes les infractions. En effet, de nombreuses infractions ont été créées et définies dans des lois particulières. Ainsi, les infractions de possession et de trafic des stupéfiants sont créées et définies dans la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, art. 3 et 4.

6. Williams, *Criminal Law: The General Part* (2e éd., 1961), v.

7. Voir *supra*, à la note 3.

8. Sir William Blackstone (1723-1780) est mieux connu pour son ouvrage *Commentaries on the Laws of England* publié en quatre volumes entre 1765 et 1769. Sa contribution aux progrès du droit pénal a consisté principalement à faire l'analyse des infractions criminelles et à en faire la classification détaillée dans le quatrième volume.

9. Sir Matthew Hale (1609-1676), dans sa première contribution à la doctrine en droit pénal, l'ouvrage intitulé *Pleas of the Crown or a Methodical Summary of the Principal Matters Relating to That Subject*, publié en 1678, présenta ce qui était essentiellement une classification des infractions. Son autre ouvrage intitulé *History of the Pleas*

of the Crown, publié après sa mort entre 1736 et 1739 fut le premier ouvrage de doctrine dans lequel un auteur a réalisé une étude complète de la partie générale du droit pénal.

10. Avant Hale, la plupart des ouvrages qui traitaient du droit pénal ne se concentraient que sur la procédure pénale. Ces ouvrages se contentaient de donner les grandes lignes du droit pénal plutôt que d'essayer de l'expliquer ou de l'organiser. Ainsi, le *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* de Bracton, qui n'était pas encore terminé à sa mort en 1268 mais qui fut le premier ouvrage important en droit pénal, ne contient à peu près aucune classification des infractions. Parmi les ouvrages qui ont été publiés par la suite, l'*Eirenarcha* de Lambarde, en 1610, fut une tentative de classification des infractions mais, finalement, se révéla n'être qu'un sommaire de causes.

11. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2e éd., 1960) 6. Le XVIe siècle marque la transition entre la période des recueils annuels anonymes et la période des recueils signés par leurs auteurs, lesquels étaient la plupart du temps des juges ou des avocats qui écrivaient pour leur profit personnel et non en vue de la publication. Ces recueils officieux étaient utiles dans la pratique de l'avocat et aidaient les juges qui les utilisaient comme guides ou manuels. À cette époque, les recueils qui jouissaient de la plus grande estime étaient les suivants: *Plowden's Report* (1549-1580), *Dyer's Reports* (1513-1582) et *Coke's Reports* (1552-1635). Pour la liste complète des recueils qui ont été publiés au XVIe siècle et au début du XVIIe siècle, voir 5 Holdsworth, *A History of English Law* (7e éd., 1956) 358-363.

12. Hall, *op cit.*, à la p. 9.

13. 1 Hale, *Pleas of the Crown* (1736) 14.

14. L'ouvrage *History of the Pleas of the Crown* (1736) de Hale constitue le premier ouvrage d'importance de doctrine anglaise en droit pénal. L'importance de ce traité se reflète dans les ouvrages de tous les auteurs qui l'ont suivi. Parmi ceux-ci, les plus importants ont été Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown 1716-1721* (réimprimé en 1973), Foster, *Crown Cases* (3e éd., 1792), Russell, *Crimes and Misdemeanours* (12e éd., 1964), Stephen, *supra*, à la note 3, Kenny, *Outlines of Criminal Law* (19e éd., 1966), et Williams, *Criminal Law: The General Part* (2e éd., 1961).

15. Voir les motifs de Lord MacMillan dans l'arrêt *Read v. J. Lyons & Co. Ltd.*, [1947] A.C. 156, à la p. 175.

16. Jerome Hall (1901-) est reconnu comme l'un des plus prestigieux auteurs américains de notre époque. Parmi ses nombreux ouvrages, citons *General Principles of Criminal Law* (2e éd., 1960), *Theft, Law & Society* (2e éd., 1952), *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory* (1958) et *Foundations of Jurisprudence* (1973).

17. La compétence en droit pénal n'est pas exercée par le Commonwealth de l'Australie mais est conférée aux différents États.

    Howard, *Australian Criminal Law* (2e éd., 1970) 1 et suivantes.

18. *New Zealand Crimes Act*, 1961.

19. Aux États-Unis, ce sont les États qui exercent la compétence sur le fond du droit pénal. Bassiouni, *Substantive Criminal Law* (1978) 3 et suivantes.

20. Dans les premiers temps au Canada, chaque territoire sauf le Québec était soumis au droit pénal en vigueur en Angleterre. Plus tard, avec l'*Acte de Québec de 1774*, le Québec devenait lui aussi soumis au droit pénal britannique. De plus, chaque territoire se vit conférer un pouvoir limité de modifier le droit anglais dans ce domaine.

Avec la Confédération en 1867, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* attribua cette compétence au gouvernement fédéral.

Un des défis qui se présentaient au nouveau gouvernement canadien était celui d'uniformiser le droit pénal existant, qui à l'époque, était formé du common law, des lois anglaises ainsi que des lois canadiennes qui avaient été adoptées avant la Confédération.

Afin d'apporter une solution au problème de la divergence des lois pénales qui existaient dans tous les territoires, le gouvernement a d'abord adopté une série de lois portant l'uniformisation de la procédure pénale, des infractions contre les biens et des infractions contre la personne.

Comme ces dispositions législatives spéciales n'ont pas réussi à forger un droit pénal canadien homogène, le gouvernement consulta les études sur la codification qui avaient été entreprises en Angleterre depuis 1838 afin d'y trouver une solution possible au problème d'uniformité. Nos législateurs furent tellement impressionnés par la clarté et la simplicité du droit codifié ainsi que par les études effectuées par Stephen dans ce domaine (voir *supra*, à la note 3) qu'en 1891, le gouvernement déposa un projet de codification du droit pénal devant le Parlement.

Ce projet de codification, qui incorporait plusieurs dispositions du Code de Stephen, fut d'abord soumis à l'appréciation de juges et d'avocats puis réintroduit devant le Parlement avant d'être finalement adopté en 1892. Le projet de Code fut terminé par le sous-ministre de la Justice de l'époque, Robert Sedgwick, et par le juge G. W. Burbidge. Le projet de Code s'inspirait principalement des lois pénales canadiennes ainsi que d'une version du *Digest* de Stephen qui avait été adoptée pour le Canada en 1889 par le juge Burbidge.

Entre 1892 et 1955, le *Code* a subi de nombreuses modifications visant à remédier à certaines difficultés et à l'adapter aux situations nouvelles. Le *Code* fut remanié en 1955. Bien que cette révision n'ait pas tellement changé le droit pénal, elle a néanmoins supprimé toutes les infractions de common law, les infractions prévues dans les lois impériales ainsi que celles qui étaient prévues dans les lois antérieures à la Confédération.

Voir aussi Mewett et Manning, *Criminal Law* (1978) 1-10, et Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* (1969).

21. Voir *supra*, à la note 3.

22. 55 et 56 Vict., c. 29.

23. 55 et 56 Vict., c. 29, Partie II, Motifs de justification ou d'excuse.

24. S.R.C. 1970, c. C-34, Partie I, Dispositions générales.

25. *Id.*, art. 7.

26. *Id.*, art. 2.

27. *Id.*, articles 207, 208, 209, 211.

28. *Id.*, art. 215.

29. *Id.*, par. 386(1).

30. *Id.*, par. 159(6).

31. *Id.*, art. 146.

32. Voir par exemple *idem*, art. 170 (nudité), par. 159(2) (corruption des mœurs), art. 305 (extorsion), art. 307 (présence illégale dans une maison d'habitation).

33. MacLeod et Martin, "Offences and Punishments under the New Criminal Code" (1955) 33 *R. du B. Can.* 20, aux p. 23 à 27.

34. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2e éd., 1960) 17.

35. S.R.C. 1970, c. C-34, art. 210.

36. *Idem*, art. 12.

37. Hall, *op. cit.*, 8.

38. *Idem*, 1.

39. *Ibid.*

40. Au sujet de l'importance de distinguer les restrictions ou principes limitatifs qui gouvernent une institution de l'objectif général que poursuit cette institution, voir Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) 9-10. Voir également Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974) 28-35.

41. Fitzgerald, "Law and Systems" (1975) 14 *Western Ontario Law Review* 215. Pour une analyse plus complète des distinctions qui existent entre les règles et les principes, voir Dworkin, *Is Law a System of Rules* dans *Essays in Legal Philosophy* (éd. Summers, 1968) 25; Hall, *op. cit.*, aux p. 17 à 26. Voir également l'étude préliminaire de la Commission de réforme du droit du Canada intitulée *Pour une codification du droit pénal* qui définit la fonction des règles et des principes en droit pénal.

42. Voir *infra*, à la note 101. Voir également *infra*, aux notes 98 et 99.

43. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) 576.

44. [1960] R.C.S. 804, 33 C.R. 293, 33 W.W.R. (N.S.) 360, 128 C.C.C. 1, 25 D.L.R. (2d) 145.

45. Turner, *The Mental Element in Crimes at Common Law* dans *Modern Approach to Criminal Law* (Radzinowicz & Turner, éds., 1948) 195.

46. *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, 33 C.C.C. (2d) 473, 37 C.R.N.S. 60, 74 D.L.R. (3d) 103.

47. Voir *La Reine c. Natarelli et Volpe*, [1967] R.C.S. 539, [1968] 1 C.C.C. 154, 1 C.R.N.S. 302 et *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35, 36 C.R.N.S. 1 (C.A. Ont.).

48. Selon la définition traditionnelle de l'erreur de fait, il faut qu'un prévenu, au moment de la perpétration du délit, ait cru de bonne foi et pour des motifs raisonnables à l'existence d'un état de fait (voir l'arrêt *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, à la p. 188). Suivant des arrêts plus récents, cependant, le véritable critère pour déterminer l'erreur de fait est la sincérité de la croyance du prévenu (voir le jugement du juge Cartwright dans l'arrêt *Beaver c. La Reine*, [1957] R.C.S. 531, à la p. 538, 118 C.C.C. 129, à la p. 137. Voir également l'arrêt *R. v. Morgan*, [1976] A.C. 182, à la p. 203).

    Les commentaires faits ci-dessus ne valent que pour les infractions criminelles proprement dites. Dans le domaine de la responsabilité stricte, une erreur de fait doit être raisonnable.

49. (1889), 23 Q.B.D. 168, à la p. 187.

50. Cette maxime est ancienne et obscure (Hall, *op. cit.*, *supra*, à la p. 80). Il est possible qu'elle soit apparue pour la première fois à une époque plus récente sous la forme de «*ream linguam non facit nisi mens rea*» dans l'ouvrage de Saint Augustin intitulé *Sermones*, n° 180, c. 2 (Kenny, *op. cit.*, *supra*, à la p. 13).

    La maxime fut reformulée au XII[e] siècle en ces termes: «*reum non facit nisi mens rea*», par le roi Henri I[er] dans *Leges Henrici Primi* (Sayre, "*Mens Rea*" (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 974, à la p. 983). La maxime «*actus non facit reum nisi mens rea*» sous sa forme actuelle et dont l'utilisation remonte à quelque temps après le XII[e] siècle fut énoncée pour la première fois par Coke dans son ouvrage *Institutes of the Laws of England* (1642) III[e] Partie, à la p. 107. Voir également Broom, *Legal Maxims* (10[e] éd., 1939) 207.

51. Il s'agit d'un dérivé du mot latin *respondere* (s'engager en retour). Voir Hart, *op. cit.*, *supra*, et "Varieties of Responsibility" (1967) 83 *L.Q. Rev.* 346, à la p. 363 sur la question de la responsabilité en général.

52. Voir Pound, *The Spirit of the Common Law* (1921). L'auteur divise l'évolution du droit en quatre étapes: une première étape au cours de laquelle on vise à satisfaire au désir de vengeance; une deuxième étape où l'on a un droit strict comportant des règles rigides; une troisième étape où l'on applique une justice équitable ou le droit naturel; enfin, une quatrième étape qui est caractérisée par une combinaison de droit positif et de justice équitable. Voir une critique de cette opinion dans l'ouvrage de Falk Moore intitulé *Law as Process* (1978), aux p. 82 et suivantes dans lequel l'auteur souligne que [TRADUCTION] «les principes dont Pound s'est servi pour illustrer les étapes de l'évolution du droit . . . sont plus utiles lorsqu'ils sont étudiés comme système de catégorisation ou comme aphorismes idéologiques que lorsqu'ils sont pris à la lettre» (*op. cit.*, à la p. 85).

53. Dans le livre de l'Exode 21:28, il est écrit: «Si un bœuf encorne un homme ou une femme et cause sa mort, le bœuf sera lapidé et l'on n'en mangera pas la viande. . .». Pour plus de renseignements au sujet des anciens principes de responsabilité pénale, voir *ibid.* et 2 Holdsworth, *A History of English Law* (7e éd., 1956) 46-47.

54. Glanville Williams, le célèbre auteur de droit pénal, définit les notions d'*actus reus* et de *mens rea* de la façon suivante: Le *mens rea* s'entend de l'élément moral qui est une condition de la perpétration d'une infraction spécifique. Cet élément est soit l'intention de perpétrer le délit ou d'en provoquer les conséquences, soit, dans certains cas, l'intention ou l'insouciance de l'auteur du délit à l'égard des éléments constitutifs de l'*actus reus*. Par ailleurs, l'*actus reus* englobe l'ensemble des éléments qui sont interdits par la loi dans le cas d'une infraction spécifique, à l'exclusion de l'élément moral (*Criminal Law: The General Part* (2e éd., 1961), aux p. 18 et 31).

55. Voir Dicey, *Law and Opinion in England* (1905). L'ouvrage de Dicey étudie le phénomène de la prolifération des lois qui favorisent les réformes sociales en général et la reconnaissance des droits de certains groupes de personnes comme les femmes mariées et les travailleurs. Aux pages 359 à 396, Dicey discute des modifications législatives grâce auxquelles les femmes mariées sont désormais sur un pied d'égalité avec les femmes célibataires devant la loi. Aux pages 219 à 242, il nous explique les raisons pour lesquelles le Parlement a abandonné sa politique du laisser-aller sur les questions industrielles pour commencer à réglementer l'industrie. Voir également Wolfgang Friedmann, *Law in a Changing Society* (2e éd., 1972) 46-47.

56. Holmes, *The Common Law* (1881) 6-7.

57. Winfield, "The Myth of Absolute Liability" (1926) 42 *L.Q. Rev.* 37.

58. Holmes, *op. cit.*, 2; "Revenge is a kind of Wild Justice" *Bacon's Essays* (éd. West, 1897) IV° Essai de Revenge 11. Voir également Manser, "It Serves You Right" (1962) 37 *Philosophy* 293.

59. Voir aussi Hobbes, *Leviathan* (1651) chap. XIII, et Rommen, *The Natural Law* (1947), aux p. 82 à 86.

60. 1 Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883) 61.

61. *Ibid.*, à la p. 60.

62. Voir *supra*, à la note 61.

63. Dans Allen, *The Queen's Peace* (1953), p. 3 à 35, on peut trouver l'historique de l'élargissement du principe; voir également 2 Pollock & Maitland, *The History of English Law* (2e éd., 1898), aux p. 453 à 464.

64. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1970), aux p. 143 à 145.

65. En règle générale, les gens s'imaginent que le droit pénal juif était extrêmement sévère. En fait, même si la Pénitude (qui était en quelque sorte un code pénal) était très sévère et même si les règles qu'elle renfermait étaient très strictes, l'application du droit était très indul-

gente grâce aux règles de procédure qui visaient avant tout la protection de l'accusé. Ainsi, au cours d'un procès, la poursuite devait non seulement établir que le prévenu avait perpétré l'infraction qu'on lui reprochait mais aussi qu'il était coupable en son âme et conscience.

Le principe de la faute morale faisait non seulement partie du procès pénal juif mais il était aussi un thème important des écritures des prophètes. Ces écritures ont grandement inspiré les premiers philosophes de l'ère chrétienne comme Saint Augustin et Saint Justin. Saint Augustin affirme que «l'homme a le libre arbitre de sa volonté pour choisir le mal ou le bien qu'il devrait faire et c'est peut-être bien ainsi car les mauvaises actions ne seraient pas punies justement, si elles n'étaient pas commises volontairement». (Augustin, Du libre arbitre, dans *Dialogues philosophiques*, Livres Premier et Troisième et *Les Deux livres de révisions*, Livre Premier, chap. 9.) Voir aussi Saint Justin, *Première Apologie*, chapitres 42 à 46.

Ce raisonnement fut également adopté par un des plus anciens et des plus ardents défenseurs du droit naturel, Saint Thomas d'Aquin, qui parle du rapport qui existe entre la destinée de l'homme et sa libre volonté dans trois livres principaux de son œuvre *Summa Theologiae*, Partie I, quest. 22, art. 2, Réponse à la quatrième question, Partie I, quest. 1, art. 1, Préfaces I et II.

66. Voir *supra*, à la note 2.

67. Dans l'esprit de la plupart des gens, les infractions sont des actes répréhensibles en soi peu importe leur qualification juridique. [TRADUCTION] «Le terme «criminel» désigne habituellement la personne qui commet des infractions violentes et malhonnêtes»: Fitzgerald, *Criminal Law and Punishment* (1962) 4. Voir également 2 Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883), p. 75 à 77. Voir Fitzgerald, "Real Crimes and Quasi Crimes" (1965) 10 *Natural Law Forum* 21 et Kenny, *op. cit.*, *supra*, aux p. 28-29 pour une discussion sur la distinction entre *mala in se* et *mala prohibita*.

68. Comme l'affirme Lord Devlin, le rôle du droit ne se borne pas à protéger les individus contre le préjudice, le harcèlement, la corruption et l'exploitation. Le droit doit également protéger les institutions et la communauté d'intérêts, tant sur le plan politique que sur le plan moral, sans lesquelles les gens ne pourraient vivre ensemble (Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965) 22).

69. 1 Holdsworth, *A History of English Law* (7e éd., 1956) le témoignage justificatif, p. 305 à 308; le duel judiciaire, p. 308 à 310; l'ordalie, p. 310 à 312.

70. Radcliffe & Cross, *The English Legal System* (6e éd., 1977) 67.

71. Dans son ouvrage *An Inquiry into Criminal Guilt* (1963) 140, Brett reprend l'opinion de Holmes selon laquelle notre incapacité de déterminer l'état d'esprit d'une personne nous oblige à définir sa culpabilité à l'aide de critères extérieurs. Williams, *op. cit.*, *supra*, p. 89 à 98 étudie également un corollaire de cette proposition des critères extérieurs lorsqu'il traite de la «présomption d'intention». Il s'agit ici d'une présomption de fait selon laquelle on peut inférer l'intention

coupable d'un prévenu des actes qu'il a faits. Voir 1 Wigmore, *On Evidence* (3e éd., 1940), p. 14 à 25, pour un exposé de l'évolution historique de la preuve et de la procédure au procès.

72. Le *Criminal Evidence Act* de 1898 faisait du prévenu et de son conjoint des témoins compétents mais non contraignables (voir Radcliffe & Cross, *op. cit.*, aux p. 348 et 349; 9 Holdsworth, *A History of English Law* (7e éd., 1956) 123. Voir 1 Holdsworth, *op. cit.*, p. 332 à 337, pour une analyse complète de la transformation du rôle des jurés qui, à l'origine, rapportaient la preuve et qui plus tard, sont devenus interprètes de la preuve.

73. L'expression «positivisme» désigne une ou plusieurs des propositions suivantes: 1) les lois sont des ordres donnés par des humains; 2) il n'existe pas de lien essentiel entre le droit et la morale ou entre le droit tel qu'il est et tel qu'il devrait être; 3) bien que l'analyse ou l'étude de la signification des principes du droit soit importante, il faut la différencier (sans en faire l'opposé) des études historiques et de l'analyse critique du droit en fonction de la morale, d'objectifs sociaux, de ses rôles, etc.; 4) un système de droit est un système logique fermé dans lequel les bonnes décisions sont prises à partir de règles déterminées d'avance à l'aide de méthodes logiques seulement; 5) contrairement aux faits, les jugements de valeur ne peuvent être fondés sur des arguments rationnels et des preuves (Hart, *The Concept of Law* (1961) 253-254).

Voici une liste des principaux auteurs positivistes:

1. Jeremy Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined* (éd. 1945) et *Fragment of Government* (1891).
2. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) et *Lectures on the Philosophy of Positive Law* (3e éd., 1869).
3. J. C. Gray, *The Nature and Source of Law* (1902).
4. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949).

74. *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, à la p. 185.

75. Voir Stallybrass, "The Eclipse of *Mens Rea*" (1936) 52 *L.Q. Rev.* 60, à la p. 64.

76. Une infraction réglementaire est une infraction pour laquelle la poursuite n'a qu'à démontrer que le prévenu a commis l'acte reproché pour qu'il soit reconnu coupable. Il n'est pas nécessaire d'établir que le prévenu avait une intention coupable au moment de la perpétration du délit. Sayre, le principal défenseur des infractions réglementaires, est d'avis que ce type d'infraction ne devrait comprendre que les délits qui sont passibles d'amendes légères et qui ne constituent pas des fautes morales graves. Selon Sayre, «les véritables infractions criminelles du droit pénal traditionnel» ne devraient pas être assujetties à la règle de la responsabilité stricte de l'infraction réglementaire ("Public Welfare Offences" (1933) 33 *Colum. Law Rev.* 55). Dans "The Civil Offence" (1952) 100 *U. of P.L. Rev.* 832, Perkins, un autre défenseur de l'infraction réglementaire, prétend que les infractions réglementaires

n'ont jamais fait partie du droit pénal. En outre, il affirme que le *malum prohibitum* (un acte qui est mauvais seulement parce qu'il est interdit par la loi) n'est pas une infraction criminelle. Perkins prétend que cette thèse a toujours été acceptée et défendue par des auteurs réputés comme Blackstone, Kenny et Roscoe Pound. Enfin, l'auteur appuie son argument sur le fait qu'on cherche constamment à qualifier ces infractions d'une manière appropriée par l'emploi d'expressions comme «délit public», «infraction contre le bien-être public» et «quasi-infraction». Pour une étude générale sur le sujet, voir également Edwards, *Mens Rea in Statutory Offences* (1955).

Voir l'analyse complète de la façon dont les tribunaux canadiens ont traité les infractions réglementaires dans Jobson, "Far from Clear" (1975-76) 18 *Cr. L. Q.* 294.

Le récent arrêt *La Reine c. La Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 40 C.C.C. (2d) 353, 3 C.R. (3d) 30 pourrait avoir de grandes répercussions dans ce domaine du droit. Dans cette affaire, la ville de Sault Ste-Marie avait conclu avec une compagnie un contrat pour l'élimination des déchets de la ville. Dans l'exécution de ce contrat, la compagnie a pollué un ruisseau et une rivière coulant à proximité de la ville. Une accusation de pollution fut portée contre la ville. La Cour suprême du Canada a conclu qu'il s'agissait d'une infraction de responsabilité stricte pour laquelle le simple accomplissement de l'acte prohibé suffit, à première vue, pour qu'il y ait infraction. La Cour décida cependant que la ville pouvait se disculper en faisant la preuve de sa diligence raisonnable. Un nouveau procès fut ordonné afin de donner à la ville l'occasion d'établir qu'elle avait fait preuve de diligence raisonnable.

77. Voir les arrêts *Sweet v. Parsley*, [1970] A.C. 132, à la p. 149, [1969] 1 All E.R. 347, à la p. 350, [1969] 2 W.L.R. 470; *La Reine c. Pierce Fisheries Limited*, [1971] R.C.S. 5, à la p. 17, [1970] 5 C.C.C. 193, 12 C.R.N.S. 272, 12 D.L.R. (3d) 591; *La Reine c. La Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1312.

78. Voir *supra*, à la note 76.

79. Des criminologues comme Garofalo (*Criminology* (1914)) et Lombroso (*Crime: Its Causes and Its Remedies* (1911)) ont mis en doute le *mens rea* comme fondement de la responsabilité pénale. Dans ses ouvrages *Social Science and Social Pathology* (1959) et *Crime and Criminal Law* (1963), Barbara Wootton est d'avis que le *mens rea* est une notion qui est tombée en désuétude à cause de la prolifération des infractions réglementaires, qu'à une époque où le domaine de la psychologie est en pleine croissance, il n'est plus possible de parler de responsabilité en termes catégoriques, et qu'il faut établir un nouveau fondement de la culpabilité pénale. Voir également Jacobs, *Criminal Responsibility* (1971), p. 143 à 172.

Les traités de criminologie des vingt dernières années enseignent que les criminels ne sont pas des malfaiteurs qui méritent le châtiment, mais des individus malheureux et parfois dangereux qui ont besoin de secours et de réhabilitation et d'être neutralisés. Voir Barnes-Teeters,

New Horizons in Criminology (3e éd., 1959), p. 468 à 481; Sutherland et Cressey, *Criminology* (19e éd., 1978), p. 360 à 384.

Le psychiatre Szasz exprime un point de vue semblable à celui des criminologues (voir *Law, Liberty and Psychiatry* (1963), p. 123 à 127).

80. Hart, *Punishment and Responsibility* (1968), p. 177 à 185.

81. *Ibid.*, p. 6.

82. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (1976), p. 5 et 6, 20 et 21.

83. *Ibid.*, et Commission de réforme du droit du Canada, *Études sur la responsabilité stricte*, (1974).

84. Étymologiquement, le mot «personne» signifie masque de théâtre dans l'Antiquité romaine. Plus tard, ce mot désignait les personnages que jouaient les porteurs de tels masques, les *dramatis personae*. Ce mot servit par la suite à décrire les rôles dans la vie de tous les jours. Enfin, ce mot désigna les êtres capables de jouer ces rôles, soit les individus. La première signification du mot «personne» souligne une distinction qui se reflète dans notre droit. Le théâtre est composé de personnages, de décors et de la scène elle-même. Le droit et la vie quotidienne sont faits de personnes, d'objets et d'un environnement. Ainsi, qu'on se trouve en scène ou en dehors de celle-ci, les personnes sont des êtres qui choisissent, qui planifient, qui désirent, qui manifestent des intentions et qui agissent en conséquence. Comme ils sont des sujets plutôt que des objets, ils accomplissent des actions plutôt que de les subir.

Aucun système de droit ne peut faire totalement abstraction de cet élément. Même dans un système reposant sur les ordres comme celui d'Austin, il faut des personnes pour donner les ordres, les appliquer et veiller à leur exécution. En outre, un système qui nous oblige à traiter les personnes comme des objets doit lui-même traiter ses agents comme des personnes. Par conséquent, les personnes sont des éléments essentiels de l'environnement social. Cela étant, toute société humaine pourrait difficilement exister si l'on ne tenait pas compte des réactions aux actes des personnes, c'est-à-dire si on ne faisait pas leur éloge ou si on ne les blâmait pas et si les notions de «faute» ou d'«excuse» n'existaient pas. Si elle existait, une telle société serait tellement différente des sociétés que nous connaissons qu'elle ne serait pas «humaine». Et ce qui est encore plus important, une telle société serait psychologiquement inconcevable étant donné que par nature les rapports humains comportent nécessairement des réactions d'ordre moral entre les individus.

85. Coke, *Institutes of the Laws of England* (19e éd., 1832) Partie I, 97b.

86. 4 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769) 405.

87. Voir Simpson, *The Common Law and Legal Theory* dans *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2e série (éd. Simpson, 1973), p. 78 et 79, 98 et 99.

88. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (éd. Hart, 1954).

89. *Ibid.*, à la p. 191.

90. L'analogie, une méthode utilisée par les anciens pour donner au droit un caractère équitable et uniforme, a servi de fondement à notre système de précédents en common law, qui repose sur la doctrine du *stare decisis*. Selon cette méthode, le juge saisi d'un cas dans un domaine particulier du droit doit chercher l'analogie entre cette affaire et d'autres causes semblables qui ont déjà fait l'objet d'un jugement dans le même domaine. Si l'affaire dont il est saisi comporte à peu près tous les éléments importants qui ont caractérisé une autre cause, le jugement devra donc être le même. Pour d'autres études au sujet du rôle de l'analogie, voir Guest, *Logic in the Law* dans *Oxford Essays in Jurisprudence* (éd. Guest, 1961), p. 190 à 193; Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1954) 52; Cross, *Precedent in English Law* (2e éd., 1968), p. 182 à 192.

C'est peut-être le juge Parke qui, dans l'affaire *Mirehouse v. Rennell* (1833) 1 Cl. & Fin. 527, à la p. 546, a le mieux énoncé la règle du *stare decisis* lorsqu'il a dit: [TRADUCTION] «Notre système de common law consiste à appliquer à des situations nouvelles des règles de droit que nous tirons des principes de droit et des précédents judiciaires. À des fins d'uniformité, de cohérence et de certitude, il faut appliquer ces règles à tous les cas qui se présentent lorsqu'elles ne sont pas clairement déraisonnables et non pertinentes et nous n'avons pas le droit de les rejeter ou de rejeter toute analogie à ces règles, dans les cas où elles n'ont pas été appliquées par les tribunaux, parce que nous estimons qu'elles ne sont pas aussi pertinentes et raisonnables que les règles que nous aurions pu nous-mêmes élaborer. Il me semble qu'il est très important de ne pas perdre de vue ce principe directeur, non pas aux seules fins de rendre un jugement dans une affaire particulière mais dans l'intérêt du droit comme science.» Pour d'autres ouvrages généraux qui traitent du *stare decisis*, voir Allen, *Law in the Making* (7e éd., 1964), p. 161 à 366 et Salmond, *On Jurisprudence* (12e éd., 1966), p. 141 à 188.

91. Simpson, *op. cit.*, à la p. 99.

92. Pour un aperçu complet de l'évolution de la publication des recueils de jurisprudence, voir Daniel, *The History and Origin of the Law Reports* (1884); Allen, *op. cit.*, p. 187 à 235; Dias, *Jurisprudence* (4e éd., 1976), p. 166 à 169.

93. Au XIXe siècle et au début du XXe siècle, l'Angleterre a subi plusieurs transformations qui ont modifié l'attitude des juges. Dans les quelques années qui ont suivi les *Judicature Acts* de 1873 et 1875 (qui réunissaient les tribunaux de common law et d'*equity*), le mode de procès ordinaire était devenu le procès devant juge seul. Quelques années après l'adoption de ces lois, le nombre de procès civils devant jury en common law a considérablement diminué. Entre 1885 et 1916, environ la moitié des causes entendues devant la division du Banc du Roi l'ont été devant juge seul. La pénurie en main-d'œuvre en 1917 a entraîné des mesures de restriction et vers le début des années 20, le procès devant jury était très rarement utilisé. À la suite de l'abrogation des

mesures de restriction en 1925, le procès devant jury reprit un peu de popularité mais ce fut toutefois de courte durée. Des restrictions sévères concernant le procès devant jury furent décrétées pendant la guerre mais depuis que celles-ci ont été levées en 1947, la proportion des procès devant jury est encore inférieure à ce qu'elle était avant la guerre.

Le jury n'a jamais été vraiment populaire dans les cours de comté et les modifications apportées au droit d'être jugé devant un jury ont suivi à peu près la même évolution qu'à la division du Banc du Roi avec l'adoption du *County Courts Act* en 1934 qui renfermait désormais les règles régissant les cours de comté. Ceci eut pour effet de mettre virtuellement fin au procès par jury devant les cours de comté. En outre, il n'y a pas de jury dans les divisions de la Chancellerie et de l'Amirauté. Bien qu'il n'existe aucune restriction semblable quant aux procès devant jury à la division des Divorces et à la division des Testaments et successions (contestés), il est très rare que les justiciables en fassent la demande. En effet, depuis quelques années, moins de un procès par année en moyenne a été porté devant jury (Jackson, R. M., *The Machinery of Justice in England* (6e éd., 1972), p. 91 et 92).

En 1966, Devlin a signalé qu'en matière pénale, environ quatre-vingt-cinq pour cent des infractions étaient instruites devant un juge seul (Devlin, *Trial by Jury* (1966), p. 129 et 130).

Au Canada, l'assemblée législative ontarienne a, dans l'année qui a suivi la Confédération, fortement diminué la fréquence du procès devant jury en matière civile en adoptant une disposition selon laquelle les poursuites civiles devaient être entendues par un juge siégeant seul à moins qu'une des parties n'ait signifié son intention de faire porter la cause devant un jury. Ce n'est qu'en 1883 qu'une telle disposition fut adoptée en Angleterre.

En 1969, le juge Laskin souligna que bien que les pratiques relatives aux procès devant jury en matière civile aient varié d'une province à l'autre, en règle générale, peu de procès civils ont été portés devant un jury. Ainsi, entre 1944 et 1969, seulement 4 procès civils ont été instruits devant un jury au Manitoba. En Nouvelle-Écosse, 24 causes seulement ont été inscrites pour procès devant jury en 1967 et 1968 dont la moitié seulement ont été entendues. L'Ontario est la seule province où le procès devant jury en matière civile semble recevoir un accueil quelque peu favorable. En 1967, 232 poursuites civiles ont été instruites devant jury à la Cour suprême de l'Ontario et 179 en 1968. Au cours des deux années, 1 700 poursuites intentées au total ont été inscrites pour procès devant jury.

En matière pénale, le nombre de procès devant jury a diminué d'année en année. En 1906, 7,4 pour cent des procès ont été instruits devant jury. En 1966, ce pourcentage a diminué à 2,1 (Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* (1969), p. 42 à 49).

Une nouvelle source de doctrine a fait son apparition vers le milieu du XIXe siècle: les revues de droit. Ces revues contenaient notamment des commentaires relatifs à d'importants arrêts récents. Au Canada, la première revue de common law a été le *Upper Canada Law Journal*

qui fut publiée de 1855 à 1864. La première revue de droit civil a été le *Lower Canada Law Journal*, publiée de 1866 à 1868.

Voici une liste des principales revues dont la première publication remonte à peu de temps après la Confédération:

1. *La Revue légale*, 1869-1892 (publication interrompue pendant deux ans, reprise sous forme de nouvelle série, 1895 à aujourd'hui).
2. *The Canadian Law Journal*, 1865-1922 et *Canadian Law Times*, 1881-1922 (ces deux revues fusionnèrent en 1923 pour devenir la *Revue du Barreau canadien*).
3. *Western Law Times*, 1889-1896.
4. *Manitoba Law Journal*, 1884-1885.

Un autre changement qui est survenu au début du XX[e] siècle en Angleterre fut l'introduction de l'appel avec l'adoption en 1907 du *Criminal Appeal Act*. En 1923, des dispositions semblables furent adoptées au Canada. Celles-ci, pour la première fois, permettaient l'appel en matière pénale. L'importante différence entre les deux pourvois était la possibilité pour une cour d'appel au Canada d'ordonner la tenue d'un nouveau procès tandis que la Cour d'appel en Angleterre ne pouvait que casser le jugement rendu en première instance et prononcer un verdict d'acquittement.

94. 1 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765) 70.

95. Pour une analyse de l'évolution du précédent obligatoire en droit anglais, voir Ellis Lewis, "The History of Judicial Precedent" (1930) 46 *L.Q. Rev.* 207, 341; (1931) 47 *L.Q. Rev.* 411 et (1932) 48 *L.Q. Rev.* 230.

96. La maxime «*Debet esse finis litium*» fut citée pour la première fois dans Jenk. Cent 61; Case XV, 145 E.R. 44. Elle se trouve également dans Coke, *op. cit.*, 303 a) et b), sous la forme suivante: «*expedit rei publicae ut sit finis litium*», ce qui signifie «il est dans l'intérêt public de mettre fin au litige».

97. Tant en Angleterre qu'au Canada, le Parlement vote aujourd'hui beaucoup plus de lois qu'au XIX[e] siècle. Bien que le nombre de lois adoptées au cours d'une session du Parlement soit demeuré sensiblement le même, le nombre de pages de ces lois a énormément augmenté. En 1876, le Parlement britannique a adopté 81 lois comptant 512 pages au total. En 1976, le même Parlement adoptait 86 lois comptant au total 2 079 pages. Au cours de la première session de la première législature du Canada (1841, 4 & 5 Vict.), le Parlement canadien a adopté 100 lois totalisant 138 pages. Au cours de la première session de la trentième législature (du 30 septembre 1974 au 12 octobre 1976), le Parlement adoptait 60 lois comptant cette fois 1 310 pages au total.

98. (1889), 23 Q.B.D. 168.

99. *Ibid.*, aux p. 187 et 188.

100. Guest, *op. cit.*, 176. Voir également Wasserstrom, *The Judicial Decision* (1961) 12-28 et Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949).

101. "Prohibitions del Roy" (1607) 12 *Co. Rep.* 63, à la p. 65.

102. Holmes, *The Common Law* (1881) 5.

103. *Hedley Byrne and Co. v. Heller and Partners*, [1964] A.C. 465, à la p. 516, [1963] 2 All E.R. 575, à la p. 602.

104. Ce raisonnement fut d'abord adopté par Lord Birkenhead dans l'affaire *D.P.P. v. Beard*, [1920] A.C. 479. Le même raisonnement a été repris dans plusieurs arrêts récents: voir *D.P.P. v. Majewski*, [1977] A.C. 443, à la p. 479 et *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, 33 C.C.C. (2d) 473, 37 C.R.N.S. 60.

105. Dans "Not 'Therefore' But 'But'" (1966) 16 *Philosophical Quarterly* 289, le professeur Lucas qualifie ce processus d'exposé par raisonnement dialectique.

106. Brett, *An Inquiry into Criminal Guilt* (1963), p. 40 et 41; Hart, "Ascription of Responsibility and Rights" (1949) 49 *Proc. Arist. Soc.* 171, à la p. 179.

107. Wittgenstein, *Tactus Logico — Philosophicus*, 4.112.

108. Les auteurs suivants ont commenté le prestige du raisonnement déductif: Toulmin, *Uses of Argument* (1964) 149; Salmond, *On Jurisprudence* (12e éd., 1966), p. 183 à 188.

109. *Whiteley v. Chappell* (1868), L.R. 4 Q.B. 147.

110. (1850), 2 Den 35, 169 E.R. 407.

111. Williams, *Criminal Law: The General Part* (2e éd., 1961), p. 23 à 27.

112. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2e éd., 1960) 228.

113. *Ibid.*, à la p. 230.

114. 1 Hale, *Pleas of the Crown* (1736) 434.

115. *Fain v. Commonwealth* (1879) 78 Ky. 183, 39 Am. R. 213.

116. Williams, *op. cit.*, 11; Smith et Hogan, *Criminal Law* (4e éd., 1978), p. 34 à 38.

117. Kenny, *op. cit.*, à la p. 26.

118. Voir Smith et Hogan, *Criminal Law* (4e éd., 1978), à la p. 45; Hall, *op. cit.*, *supra*, aux p. 190 à 207; Glazebrook, (1960) 76 *L.Q. Rev.* 386.

119. [1969] 1 Q.B. 439.

120. Williams, *op. cit.*, à la p. 49.

121. *Ibid.*, à la p. 288.

122. Hall, *op. cit.*, à la p. 104.

123. 1 Hale, *op. cit.*, à la p. 14.

124. Il s'agit de ce qu'on est convenu d'appeler la présomption d'intention. Voir *supra*, à la note 71.

125. L'affaire *R. v. Dixon* (1814) 105 E.R. 516 notamment, démontre que plus l'infraction et ses conséquences sont graves, plus le tribunal est susceptible de déclarer l'accusé responsable de l'infraction. Voir également *supra*, à la note 71, au sujet de la présomption d'intention.

126. Voir Sayre, "*Mens Rea*" (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 974; Commission de réforme du droit du Canada, *Études sur la responsabilité stricte* (1974); Stallybrass, "The Eclipse of *Mens Rea*" 52 *L.Q. Rev.* 60; Sayre, "Public Welfare Offences" (1933) 3 *Colum. L. Rev.* 55; Sayre, *The Present Signification of Mens Rea in the Criminal Law*, dans *Harvard Legal Essays* (éd. Pound, réimpression 1967) 399.

127. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) 396.

128. Voir *supra*, à la note 106.

129. 1 Hale, *op. cit.*, à la p. 15.

130. *Ibid.*

131. L'affirmation de Sir Richard Counch dans l'affaire *Bank of New South Wales v. Piper*, [1897] A.C. 383, aux p. 389 et 390, illustre ce genre de raisonnement. En effet, celui-ci dit: [TRADUCTION] «En réalité, l'absence de *mens rea* est la croyance sincère de l'accusé, fondée sur des motifs raisonnables, à l'existence de faits qui, s'ils étaient vrais, rendraient l'acte qui lui est reproché innocent».

132. Brett, *op. cit.*, à la p. 40.

133. Voir Austin, *Lectures on Jurisprudence XVII-XIX*; Holmes, *The Common Law* (1881) 54, à la p. 91; Fitzgerald, *Acts and Involuntary Acts* dans *Oxford Essays in Jurisprudence* (éd. Guest, 1961) 1 et Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) 99 n. 24.

134. Kenny, *op. cit.*, aux p. 32 à 35.

135. Fletcher, *op. cit.*, aux p. 491 à 504.

136. [1962] R.C.S. 746, 38 C.R. 52, 35 D.L.R. (2d) 386.

137. Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* f. 5b.

138. Dans "The Case of Proclamations" (1611) 12 *Co. Rep.* 74, aux p. 76 et 77, E.R. 1352, à la p. 1354, Coke plaide en faveur du principe de la suprématie du droit.

139. Dicey, *The Law of the Constitution* (9e éd., 1956) 193.

140. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.); S.R.C. 1970, Annexe II, numéro 5.

141. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 16 D.L.R. (2d) 689.

142. [1950] R.C.S. 517, à la p. 530, 97 C.C.C. 1, [1950] 3 D.L.R. 513.